



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NOS SETORES DE INFRAESTRUTURA: A *TERMINAL HANDLING CHARGE 2* (“THC 2”) NO PORTO DE SALVADOR

Aluno: João Paulo Soares Coelho

Matrícula: 05/19561

Brasília, julho de 2013.

JOÃO PAULO SOARES COELHO

Monografia Final de conclusão do curso de graduação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, desenvolvida sob a orientação do Prof. Ricardo Barretto de Andrade.

Brasília, julho de 2013.

FICHA DE APROVAÇÃO

REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NOS SETORES DE INFRAESTRUTURA: UMA ANÁLISE DA *TERMINAL HANDLING CHARGE 2* (“THC 2”) NOS PORTOS DE SANTOS E SALVADOR

Aluno: João Paulo Soares Coelho

Matricula: 05/19561

Banca examinadora:

Ricardo Barretto de Andrade

Orientador

Adriano Drummond Cançado Trindade

Membro 01

Juliano Zaiden Benvindo

Membro 02

Ricardo Medeiros de Castro

Suplente

Brasília, 25 de julho de 2013.

RESUMO

COELHO, João Paulo Soares. **REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NOS SETORES DE INFRAESTRUTURA: UMA ANÁLISE DA *TERMINAL HANDLING CHARGE 2* (“THC 2”) NO PORTO DE SALVADOR.** Orientador: Ricardo Barretto de Andrade. Brasília, 2013.

Este trabalho afirma a não existência de custos nem de serviços adicionais na segregação e entrega de contêineres destinados a recintos alfandegados independentes, não integrados a operadores portuários arrendatários de áreas e instalações portuários, por se tratar de etapa intrínseca à competência pública prestacional de exploração portuária, seja ela exercida diretamente, ou não, pela União. Os regimes aduaneiros especiais a que se sujeitam cargas na importação não constituem serviços autônomos para fins de imposição de tarifas ou preços nos portos públicos, especialmente a Terminal Handling Charge 2 (antiga *capatazia*) nem são circunstâncias imprevistas nos processos de privatização dos portos, pelo que descabe a cobrança unilateral, a título de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, dada a persistência histórica da autoridade alfandegária nos portos (primeira manifestação de potestade pública no domínio portuário no Brasil, inclusive). A manutenção da THC 2, em face dos recebedores de carga, possui racionalidade lesiva à competição, que não é mitigada pela Resolução-ANTAQ nº 2.389/2012, norma que não afasta a aplicação das normas concorrenciais nem interfere nos julgados já exarados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica acerca do tema.

Palavras-chave: Terminal Handling Charge 2, THC2, regulação, regimes aduaneiros especiais, regulação portuária, direito da concorrência, direito econômico, direito portuário.

AGRADECIMENTOS

À minha família, por todos os motivos. E por ser O motivo.

Ao Professor e amigo Ricardo Barretto de Andrade, pela orientação, pelo apoio e pela jovialidade de espírito e excelência acadêmica, que trouxeram axé à Faculdade. Ao estimado Professor Adriano Trindade pela gentileza que lhe caracteriza e, em especial, pela demonstrada em aceitar participar da banca e pelos comentários, ensinamentos e convivência, sempre engrandecedores, no âmbito do Grupo de Estudos em Direito dos Recursos Naturais. Ao Professor Juliano Zaiden Benvindo pela disposição em aceitar participar da Banca, pelos diálogos sempre fecundos e por ter participado e contribuído para minha aproximação do Direito Portuário, ainda em 2010, tendo-me aceitado como assistente de pesquisa no projeto desenvolvido no Centro de Formação em Recursos Humanos em Transportes da UnB (CEFTRU-UnB).

Ao mestre e amigo de dias de (muito) trabalho e estudo, cuja humildade e excelência me servem de constante exemplo, Ricardo Medeiros de Castro, em nome de quem saúdo e abraço os amigos da (antiga) Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e do (novo) Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pelas oportunidades de aprender e de servir ao povo brasileiro.

Encarecido e especial agradecimento ao Professor Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, por instilar o amor pela História do Direito e por me ajudar a reencontrar meu caminho no mundo do Direito quando eu não tinha ‘energia’ para seguir estudando. Agradecimentos, dignos de memória e história, ao Professor Cristiano Paixão Araújo Pinto, pelas oportunidades de interlocução e orientação.

Aos mestres cuja dedicação, esmero e amizade (e paciência) tornaram minha longa jornada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília um período de engrandecimento pessoal, intelectual, profissional e humano – demasiado humano: Alexandre Araújo Costa, Márcio Iório Aranha, Jorge Amaury Maia Nunes, Nicolao Dino de Castro e Costa, Lucas Rocha Furtado, Othon de Azevedo Lopes, Hércules Alexandre Benício, Ana Frazão, Antonio Augusto Cançado Trindade e, com saudosa lembrança, os mestres Carlos Eduardo Vieira de Carvalho e Osiris de Azevedo Lopes

Cássio Lourenço Ribeiro, pela amizade militante e por acreditar em mim até quando nem eu mais tinha fé em continuar. Livia Medeiros Amorim, pela sempre (e)terna amizade. João Telésforo Nóbrega de Medeiros Filho, por ser irmão mais velho, ainda que mais novo. Arthur Tavares e Rodrigo Marçal Rocha e Jeizon Silverio pela amizade devota, pela torcida e pela força em vários momentos nessa caminhada. Ao amigo e mestre Daniel Augusto Vila-Nova Gomes por me ajudar a ler o Direito –e a vida – com mais poesia.

A todos, meu abraço fraterno.

"Opiniões novas na casa velha - À derrubada das opiniões não segue imediatamente a derrubada das instituições; as novas opiniões habitam por muito tempo a casa de suas antecessoras, agora desolada e sinistra, e até mesmo a preservam, por falta de moradia".

Friederich Nietzsche

SUMÁRIO

| | |
|-------------------------|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
|-------------------------|-----------|

| | |
|--|-----------|
| CAPÍTULO I – NOTAS HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO PORTUÁRIO BRASILEIRO..... | 24 |
|--|-----------|

| | |
|--|-----------|
| 1.1 - DIREITO PORTUÁRIO NO PERÍODO IMPERIAL..... | 30 |
| 1.1.1 - CARTA DE LEI DE 29 DE AGOSTO DE 1828..... | 31 |
| 1.1.2 - LEI DAS DOCAS..... | 31 |
| 1.1.3 - LEI Nº 3.314/1886..... | 33 |
| 1.2 - LEGISLAÇÃO REPUBLICANA SUPERVENIENTE..... | 34 |
| 1.2.1 - DECRETO Nº 22.447, DE 22 DE JUNHO DE 1934..... | 34 |
| 1.2.2 - DECRETO Nº 24.508, DE 29 DE JUNHO DE 1934..... | 36 |
| 1.2.3 - DECRETO Nº. 24.511, DE 29 DE JUNHO DE 1934..... | 37 |
| 1.3 - A DISCIPLINA DOS PORTOS SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988..... | 41 |
| 1.3.1 - LEI 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993..... | 45 |
| 1.3.2 - LEI 12.815, DE 05 DE JUNHO DE 2013..... | 50 |
| 1.4 - AGENTES DO SETOR PORTUÁRIO RELEVANTES À QUESTÃO..... | 51 |
| 1.4.1 - ADMINISTRAÇÃO DO PORTO..... | 52 |
| 1.4.2 - CONSELHO DE AUTORIDADE PORTUÁRIA..... | 54 |
| 1.4.3 - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS..... | 54 |
| 1.4.4 - OPERADORES PORTUÁRIOS..... | 56 |
| 1.4.5 - RECINTOS ALFANDEGADOS..... | 57 |

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO DO COMÉRCIO MARÍTIMO E DA EXPLORAÇÃO PORTUÁRIA..... | 59 |
|---|-----------|

| | |
|--|-----------|
| 2.1 - A TERMINAL HANDLING CHARGE NA DINÂMICA DO TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL | 61 |
|--|-----------|

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO III – REGIME ADUANEIRO E SERVIÇOS PORTUÁRIOS NAS ROTINAS DE COMÉRCIO EXTERIOR: HÁ MESMO ‘CUSTOS’ OU ‘SERVIÇOS’ ADICIONAIS?..... | 68 |
| 3.1 – Os REGIMES ALFANDEGÁRIOS ESPECIAIS E O TRÂNSITO ADUANEIRO..... | 68 |
| 3.2 – REGIME ADUANEIRO NO PORTO DE SALVADOR..... | 75 |
| 3.2.1 – (IN)EXISTÊNCIA DE CUSTOS ADICIONAIS..... | 75 |
| 3.2.2 – (IN)EXISTÊNCIA DE SERVIÇOS ADICIONAIS..... | 90 |
| 3.2.3 – (IM)POSSIBILIDADE DE ALTERÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELOS TERMINAIS ARRENDATÁRIOS..... | 93 |
| 3.3 – INCENTIVOS PARA A CONDUTA..... | 101 |
| 3.4.–(IN)EXISTÊNCIA DE EFICIÊNCIAS ATRIBUÍVEIS À CONDUTA..... | 106 |
| 3.5 –EFEITOS DECORRENTES DA CONDUTA..... | 110 |
| CAPÍTULO IV – DIMENSÃO CONCORRENCIAL DA NOVA DISCIPLINA DOS SERVIÇOS DE MOVIMENTAÇÃO E ARMAZENAGEM..... | 114 |
| 4.1 – REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA EM PERSPECTIVA..... | 114 |
| 4.2 - IMPLICAÇÕES CONCORRENCIAIS DA RESOLUÇÃO ANTAQ Nº 2.389/2012...117 | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 125 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 128 |
| ANEXO I | 131 |
| ANEXO II | 139 |
| ANEXO III | 140 |
| ANEXO IV..... | 145 |

INTRODUÇÃO

A passagem do modelo de intervenção direta na atividade econômica -- em que o Estado dirige, presta e controla serviços -- para um modelo de intervenção indireta -- em que o Estado incentiva, planeja e regula -- não se faz sem rupturas (por vezes abruptas) e continuidades (por vezes nefastas). O setor portuário tem sido palco dessas sístoles e diástoles da presença estatal e, com isso, a prestação dos serviços e a exploração dos bens atinentes ao “domínio portuário” tem sofrido maior ou menor grau de interferência de normas de direito público -- e, a par disso, de aplicação de normas jurídicas de direito privado.

A *holding* federal PORTOBRAS foi extinta por meio da Lei nº 8.029, de 13 de abril de 1990, mesmo ano em que as sociedades de economia mista subsidiárias daquela empresa foram descentralizadas e, em alguns casos, tiveram sua administração firmada com os Estados por meio de convênios. Essas sociedades, conhecidas como Companhias Docas, foram incumbidas de adequar a gestão portuária às peculiaridades e exigências locais, respeitadas as diretrizes nacionais determinadas pelo Executivo Federal.

Tal intento, contudo, só veio a ser possível quando da desregulação parcial do setor (*unbundling*), operada pela Lei de Modernização dos Portos (Lei nº 8.630/93), cuja principal inovação consistiu em introduzir a exploração privada e, quando possível, competitiva nas áreas e instalações portuárias, de modo que o fenômeno da assimetria regulatória passou a ser elemento constitutivo da indústria portuária: (i) além da exploração direta pela própria empresa estatal outorgada, (ii) passou a ser possível conceder o porto por inteiro, como também (iii) transferir a exploração de algumas áreas e instalações via arrendamento, mediante contrapartidas privadas em produtividade (movimentação mínima de cargas e pessoas) e investimentos (melhoramentos, ampliação e modernização das estruturas).

Criou-se, ainda, a possibilidade de exploração privativa de bem público -- isto é, feita no interesse próprio, sem, contudo, degenerar-se em puro aproveitamento egoístico do bem, oposto contra interesses coletivos. Criou-se, ainda, a possibilidade de pré-qualificação para o desempenho de operações portuárias para aquelas pessoas jurídicas que intentassem desenvolver as atividades portuárias.

A par das diversas formatações de exploração dos serviços portuários, outras transformações – e continuidades – institucionais se deram no âmbito das atividades prestadas à navegação (atracação, fundeio, rebocagem, praticagem), além de uma série de atividades empresariais e comerciais que passaram a ser oferecidas no âmbito dos portos aumentando a agregação de valor às atividades.

Tal agregação de interesses comerciais, consumeristas e do próprio poder público reclamou a modificação, em prol da agilização e acurácia técnica, da estrutura regulatória, que demandou a criação (ou remodelação) de órgãos e entidades administrativos responsáveis por tarefas setoriais: Autoridade Portuária, Conselho da Autoridade Portuária, Órgão Gestor de Mão de Obra, ao lado da criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários e, mais recentemente, da criação da Secretaria Especial de Portos, com status de ministério, em par com outras autoridades públicas – ambiental, sanitária, fiscal e aduaneira – passaram a desempenhar suas atividades rotineiramente nos portos.

O mosaico de composições entre normas de direito público e privado e a própria transição de modelos, associadas às mudanças na normatização legal e infralegal, foram fatores que tornaram necessária uma maior preocupação com a defesa da concorrência, tendo em vista as demandas, nacionais e internacionais, por competitividade entre os portos e, onde possível, nas atividades e serviços prestados em seu âmbito.

A passagem entre os modelos de exploração estatal direta para o modelo de exploração por privados – e, em alguns casos, em regime de franca competição – ainda está sendo construída e, nesse sentido, reflexos do antigo modelo operacional e tarifário ainda esmaecem o sistema de crenças e práticas setoriais. Nesse sentido, merece atenção a discussão que tem sido travada no principal porto brasileiro - o Porto de Santos – voltada a saber se os terminais portuários arrendados praticaram ilícito ao cobrar por serviços de segregação e entrega de contêineres aos recintos alfandegados independentes, que não tem acesso ao mar e competem com os terminais portuários nos serviços de armazenagem.

O modelo de privatização, via arrendamento de instalações e terminais portuários, praticado em Santos utilizou-se de um esquema regulatório dividido em etapas a fim de viabilizar a substituição do modelo de prestação direta¹ estatal via CODESP, incluída

¹ A prestação de serviços por entidades da Administração Indireta, realizada meio de outorga legal, pode ser considerada prestação direta pelo Estado (ainda que por meio de pessoas administrativas integrantes da

no Programa Nacional de Desestatização: inicialmente, os serviços portuários seriam contratados com liberdade de preços, desde que respeitados limites máximos (modelo price-cap) até um segundo momento em que, depois de instalados todos os operadores e em condições operacionais, os preços passassem a ser determinados pela competição entre os cinco terminais ali estabelecidos².

Ocorre que, nesse ínterim, a transição entre os três modelos - o anterior, em que CODESP operava diretamente; o inicial pós-privatização, em que os terminais se instalaram e começaram, até firmadas as linhas, a competir entre si, mas com preço-teto e o final, almejado, de plena competição entre os agentes, com preços estabelecidos em regime de mercado - foi acompanhada de uma dificuldade de superação das práticas comerciais, seja pela própria necessidade de mudança de percepção da mentalidade setorial - necessária à consolidação dos novos modelos - seja por razões menos intuitivas e mais estratégicas e empresariais.

Nesse sentido, argumentou-se que a cobrança pelos serviços de segregação e entrega de contêineres aos recintos alfandegados subsumir-se-ia à previsão (nova) dos contratos de arrendamento segundo a qual “serviços adicionais” seriam livremente contratados, por conta de a disciplina (velha), até então praticada pela CODESP, sob a Tabela M-20 “Serviços Diversos”, realizar tais cobranças em face dos recintos.

Ocorre que a estrutura operacional, física e jurídica foi completamente renovada a fim de afastar o contexto de ineficiência, desmantelo e carestia que caracterizavam o modelo de exploração direta pela CODESP, razão pela qual as normas anteriores tornaram-se referências históricas, desprovidas de força cogente: substituíram-se grande parte das antigas tabelas e a maioria dos serviços passaram a ser livremente contratados (e, alguns, em regime competitivo). Com a revogação das tabelas e a mudança operacional e contratual, a definição da compreensão material de alguns serviços portuários ficou sem maiores bases e sujeita à nova disciplina - nem sempre clara, uniforme e tempestiva -, bem como às falhas

Administração Indireta, desde que da esfera do titular, porque, quando se cuida de translação de exercício a entidade administrativa de outra pessoa política.

² TERMINAL PARA CONTÊINERES DA MARGEM DIREITA - TECONDI, LIBRA TERMINAIS S/A - TERMINAL 37, USIMINAS (RIO CUBATÃO LOGÍSTICA PORTUÁRIA LTDA.) E SANTOS BRASIL - TECON. À época, não havia, ainda em curso, processo contra o terminal da RODRIMAR S/A TRANSPORTES, EQUIPAMENTOS E ARMAZÉNS GERAIS, que está sendo, ainda, processado em âmbito administrativo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Processo nº 08012.001518/2006)

informacionais e comportamentais que caracterizam as relações econômicas em contextos de racionalidade limitada, contratos incompletos, assimetria de informação e rentismo.

Embora houvesse tal cobrança no período pré-privatização, feita pela CODESP a título de “serviços adicionais”, argumentou-se que a nova legislação – sobretudo a Lei nº 8.987/95, aplicável a alguns serviços portuários – havia afastado tal possibilidade de cobrança, visto que o novo modelo buscava, exatamente, aumentar a eficiência da gestão portuária, o que passou pela diminuição do número de serviços e taxas e, sobretudo, pelas cobranças antes realizadas pela CODESP enquanto monopolista, cobranças essas que nem sempre se lastreavam em efetivas e altruístas prestações de serviço, mas, sobremaneira, por sua condição de detentora da estrutura essencial. Daí que a manutenção de cobranças de tarifas (ou taxas, como alcunhadas), antes praticadas pela CODESP como forma de extrair renda do consumidor (ou do agente econômico intermediário, mas, ainda que não usuário final, dependente do porto e, em algum grau, hipossuficiente), quando praticadas em um contexto em que há racionalidade competitiva, passaram oferecer ensejo a atuação das autoridades de defesa da concorrência.

Os terminais portuários de Santos mal começaram a operar e, por praticarem cobranças em face dos recebedores de contêineres, agentes com quem concorrer no elo subsequente da cadeia produtiva (a armazenagem), foram denunciados, processados³ e condenados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Em seu parecer não vinculativo, a então Secretaria de Direito Econômico apontou que: *“não restou provado, ao longo do processo, porque, efetivamente, recintos alfandegados geram custos específicos sobre os operadores portuários, custos estes que diferem daqueles gerados por qualquer outro usuário dos serviços dos terminais”*, de modo que *“não restou comprovada a razoabilidade da discriminação”*. Os terminais afirmaram que havia, sim, prestação de serviços adicionais a esses recebedores-concorrentes por conta de expedientes operacionais e administrativos exigidos pela legislação aduaneira e que havia previsão nos contratos de arrendamento à cobrança de serviços adicionais, livremente contratados entre os terminais e seus clientes.

Na oportunidade, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, além de emitir o juízo de não constatação de evidência de custos adicionais, analisou que a

³ Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17, instaurado *ex officio* pela então Secretaria de Direito Econômico em 07 de julho de 1999 e julgado em sessão de 27 de abril de 2005

vagueza e imprecisão da disciplina da remuneração de serviços nos contratos de arrendamento celebrados gerou incentivos para condutas oportunistas, consistentes na transformação de rotinas operacionais inerentes à exploração portuária em serviços completamente privados. Segundo a SDE, a vagueza de sentido dos termos contratuais, em um contexto de desabrida assimetria de informação e conflito de interesses, deu ensejo à adoção de expedientes lesivos aos consumidores e aos concorrentes, dos operadores arrendatários de terminais de contêineres, no mercado a jusante, de armazenagem de cargas sujeitas a regimes alfandegários especiais:

“Convém analisar com mais rigor as razões (...) que fundamentam os ‘serviços complementares’, prestados exclusivamente para os serviços alfandegados. Em primeiro lugar, cumpre destacar a própria arbitrariedade que delimita os dois tipos de serviços básicos como aqueles associados a movimentações “necessárias” e “suficientes” para o transporte dos contêineres, em seu pátio alfandegado, do costado do navio ao portão do terminal. Por outro lado, pela definição de serviço complementar temos aquelas atividades: i) físicas que extrapolam os serviços básicos; ii) documentais e administrativas executadas por requisição, no interesse de terceiros; iii) compostas pelos serviços básicos em duplicidade, à conveniência do solicitante ou por determinação legal/regulamentar e, finalmente, iv) de armazenagem que extrapole a franquia concedida pelo terminal.

Portanto, é fácil perceber que não há uma fronteira clara entre serviços básicos e complementares, pois, sempre é possível ao operador portuário discriminar quais as operações necessárias e suficientes envolvidas na prestação dos serviços básicos. Em outras palavras, da maneira como estão definidos, atividades pertencentes ao rol dos serviços básicos podem facilmente ‘migrar’ para a cesta de serviços complementares, e vice-versa. Nesse sentido, dada a imprecisão das atividades pertencentes a cada categoria de serviço, quaisquer que sejam os serviços definidos em cada categoria, sempre se produz um resultado verdadeiro, ou seja, que não viole a própria definição de serviços básicos e complementares apresentadas”⁴

É dizer: confiar apenas ao terminal o poder de determinar a medida dos serviços “suficientes” e “necessários” seria, no limite, um esvaziamento do exercício da competência pública de exploração dos portos, na medida em que, algumas atividades irrenunciáveis e de exercício obrigatório (e.g. entregar as cargas aos recebedores) passariam a ficar entregues, por completo, a uma avença privada marcada pela completa ausência de margem de liberdade.

Como medida profilática, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ sugeriu, enquanto medida comportamental que os terminais santistas deveriam: “a. consolidar todos serviços de movimentação de contêineres executados nas áreas dos terminais portuários em um único grupo de serviços, que deve ser cobrado dos armadores;

⁴ Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17 – Parecer da SDE – Disponível em WWW.cade.gov.br

b. agrupar todos serviços que prestam aos armadores a título de movimentações de contêineres nas áreas dos terminais, em uma única seção de seus contatos com os armadores e torná-la pública”.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE se manifestou definitivamente acerca do aumento arbitrário de custos de rivais no mercado de armazenagem alfandegada no, na qual se sagrou condutor voto do então Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator para o acórdão no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17⁵:

“De acordo com o setor técnico da ANTAQ, a “taxa” – na verdade, preço, por não se tratar de tributo - cobrada pelos operadores portuários dos recintos alfandegados independentes não encontra nenhuma justificativa, seja ela operacional ou comercial e representa apenas uma disputa desleal pelo mercado de armazenagem alfandegada.” (...)

(...)

Claro está que, ao cobrar a taxa de liberação de contêineres dos recintos alfandegados, os terminais portuários agem como se houvesse um terceiro mercado: o de liberação de contêineres. Inexistindo esse mercado, não há formação regular de preços, que só ocorreria caso houvesse livre negociação entre as partes envolvidas. Como há relação de dependência dos recintos alfandegados aos terminais portuários, estes se valem de coerção para fixar o valor da THC2.

A coerção é evidente ao se verificar que os operadores portuários são, de fato, monopolistas de um insumo essencial ou de um bem infungível, que não pode ser

⁵ Acórdão - Por unanimidade consideraram as representadas acima TERMINAL PARA CONTÊINERES DA MARGEM DIREITA – TECONDI, LIBRA TERMINAIS S/A – TERMINAL 37, USIMINAS (RIO CUBATÃO LOGÍSTICA PORTUÁRIA LTDA.) E SANTOS BRASIL – TECON como incursas nos incisos I, II e IV do artigo 20, c.c. incisos IV e V do artigo 21, todos da Lei n. 8.884/94, determinando: (i) por unanimidade, a imediata cessação, por parte das representadas, da cobrança de liberação de contêineres dos recintos alfandegados; (ii) por maioria, o pagamento de multa correspondente a 1% (um por cento) de seu faturamento bruto no ano anterior à instauração do processo, excluídos os impostos, nos termos do art. 23, I, da Lei n. 8.884/94, observando-se, quanto à Usiminas, que explora inúmeras atividades não relacionadas à atividade portuária que a multa deverá incidir sobre o faturamento bruto referente apenas à sua atividade portuária no terminal em questão; (iii) por unanimidade, publicação, às suas expensas e sem prejuízo da multa aplicada, em meia página de jornal de grande circulação nacional, o teor da decisão, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas, conforme o disposto no artigo 24 da Lei n. 8.884/94; (iv) por unanimidade, aplicação no caso de continuidade da conduta prática ou de outra que configura infração à ordem econômica, e caso, haja descumprimento das cominações enunciadas pelos itens acima, multa diária no valor de 20.000 (vinte mil) UFIR, com fulcro no art. 25 da Lei n. 8.884/94; (v) por unanimidade, comprovar perante o CADE o cumprimento das determinações supra, no prazo de 60 (sessenta dias) a partir da publicação do acórdão da presente decisão. Foi determinado, ainda, o encaminhamento de cópia da decisão à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ e à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF. Vencido o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado apenas no que tange a condenação da representada Usiminas, tendo votado por sua exclusão do pólo passivo, e no que tange a dosimetria da multa aplicada às representadas, tendo votado pela condenação em multa de 1% (um por cento) do faturamento bruto, exclusivamente obtido no mercado de armazenagem alfandegada de contêineres, incluída a receita advinda da cobrança pelo serviço de segregação e entrega, no ano de 1998. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Luiz Alberto Esteves Scaloppe, Ricarvo Villas Bôas Cueva e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Impedido o Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci. Brasília-DF, 27 de abril de 2005, data da 346ª Sessão Ordinária de Julgamento.

trocado por qualquer outro, no momento em que recebem o contêiner, de cuja liberação dependem os recintos alfandegados para prestar o serviço de armazenagem.” (...)

“Dessa forma, a cobrança da THC2 pelos terminais portuários poderia buscar atingir, alternativamente ou cumulativamente, os seguintes objetivos: (i) exclusão dos recintos alfandegados do mercado de armazenagem; (ii) tornar o suposto serviço de liberação de cargas uma fonte extra de recursos para a atividade de movimentação de contêineres; ou (iii) aumentar os custos dos rivais, reduzindo sua competitividade e, assim, aumentar a própria participação nesse mercado mais rentável”.

Na primeira hipótese, de exclusão dos recintos alfandegados do mercado, não é difícil apontar as seguintes consequências potenciais: (i) redução da variedade de serviços ofertados aos importadores, vez que, os recintos alfandegados oferecem serviços diferenciados, não ofertados pelos operadores portuários na armazenagem de contêineres; (ii) desestímulo ao processo de modernização do porto de Santos que vem ocorrendo desde a privatização dos serviços portuários; e (iii) aumento de preços ao consumidor final dos serviços de armazenagem alfandegada. (...)”

A peculiaridade é que tal decisão condenatória do CADE se deu mesmo após a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, em decisão anterior – 17 de fevereiro de 2005 - ter reconhecido existentes os serviços e os custos adicionais nas rotinas de segregação e entrega de contêineres em Santos– em decisão não-unânime, que contrariou todos os entendimentos da área técnica e, inclusive, da Procuradoria Federal . Segundo a Diretoria da ANTAQ, tais serviços seriam prestados e devidos, recebedores de carga, prática essa que, no entendimento da autarquia portuária, não configuraria qualquer indício de infração à Ordem Econômica.

Além do aparente conflito entre o entendimento da autoridade reguladora do setor e da autoridade de defesa da concorrência sobre uma mesma realidade, é válido mencionar que, tratando de questão idêntica, só que iniciada posteriormente e exercida nos terminais de contêineres do Porto de Salvador, a ANTAQ reconheceu que não havia serviços adicionais na movimentação e entrega de contêineres a recintos alfandegados independentes (embora houvesse custos), entendimento diametralmente àquele tido no Porto de Santos, e ainda considerou que tais serviços, além de não existirem, poderiam ser cobrados dos recebedores e culminariam em infração à Ordem Econômica.

Tabela I – Decisões Conflitantes da ANTAQ em relação à THC2 em Santos e Salvador

| PORTO DE SANTOS | PORTO DE SALVADOR |
|--|--|
| <p>ACÓRDÃO, DE 17 DE FEVEREIRO DE 2005</p> <p>PROCESSO Nº 50300.000159/2002. Partes: MARIMEX DESPACHOS, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.; COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CODESP; LIBRA TERMINAIS S.A. - T 35 e T 37; TERMINAL PARA CONTÊINERES DA MARGEM DIREITA S/A - TECONDI; SANTOS BRASIL S/A. Relator: Diretor José Guimarães Barreiros. Ementa: Reclamação formulada pela MARIMEX DESPACHOS, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.</p> <p>Sobre cobrança de taxa pelos Terminais de Contêineres do Porto no Santos pelo serviço de segregação e entrega de contêineres, denominada THC 2 - Terminal Handling Charge 2 aos Recintos Alfandegados, os RA's. <u>A Superintendência de Portos e a Procuradoria-Geral da ANTAQ opinam pela procedência da reclamação.</u> Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Diretores da Agência Nacional de transportes Aquaviários - ANTAQ, por maioria, vencido o Diretor-Geral,</p> <p>a) considerar que os serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários aos recintos alfandegados existem, geram custos adicionais não cobertos pela THC do armador e, em consequência, sua cobrança afigura-se justificada,</p> <p>b) não há na conduta descrita nos autos indícios de infração à ordem econômica, nos termos das Leis nºs 8.884/1994 e 10.233/2001, e</p> <p>c) determinar o arquivamento do processo administrativo, dando-se ciência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.</p> <p>Participaram do julgamento, o Diretor-Geral Carlos, Alberto Wanderley Nobrega (ausente por motivo maior, tendo, posteriormente, remetido o seu voto por escrito, razão por não ter sido lido na Sessão Pública), o Diretor José Guimarães Barreiros como Relator e que presidiu a Reunião, e o Diretor Ronaldo Herbst Dotta designado para o Acórdão. Presente o Procurador-Geral, José Maria de Santa Cruz Oliveira.</p> <p>Brasília, 17 de fevereiro de 2005.</p> <p>JOSÉ GUIMARÃES BARREIROS</p> <p>Diretor-Relator</p> | <p>ACÓRDÃO, DE 17 DE JUNHO DE 2003</p> <p>PROCESSO Nº 50300.000022/02</p> <p>Partes: Consórcio EADI Salvador – Logística e Distribuição Representante Legal: Miguel Robes Faus TECON Salvador S/A Representante Legal: Luiz Sérgio Ficher de Castro INTERMARÍTIMA Terminais Ltda. Representante Legal: Roberto Oliva</p> <p>Ementa: Processo Administrativo. Encaminhamento, pelo Governo do Estado da Bahia, através da Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração, de documento originário do Consórcio EADI Salvador – Logística e Distribuição, contra a TECON Salvador S/A e a INTERMARÍTIMA Terminais Ltda. Documento questionando a cobrança, por serviços adicionais alegadamente prestados pelas referidas empresas para entrega de containers a outros recintos alfandegados e acusando aumento em percentuais exorbitantes das tarifas praticadas. A Superintendência de Portos e a Procuradoria-Geral da ANTAQ opinam pela procedência da reclamação. Intimadas as partes e a Cia. das Docas do Estado da Bahia, na qualidade de Autoridade Portuária outorgante dos contratos de arrendamento. Acórdão:</p> <p>Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Diretores da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, por maioria, vencido o Relator,</p> <p>a) considerar que, embora existam custos adicionais na movimentação de cargas destinadas a outros recintos alfandegados, o serviço prestado está totalmente abrangido pelo conceito do serviço de movimentação de containers consagrado no contrato de arrendamento, não estando pois configurada a existência de serviços adicionais, e</p> <p>b) remeter o processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por reconhecerem indícios de exploração abusiva, pela TECON Salvador S/A e pela INTERMARÍTIMA Terminais Ltda., de posição dominante no mercado.</p> <p>Participaram do julgamento o Diretor-Geral, Carlos Alberto Wanderley Nobrega, o Diretor José Guimarães Barreiros, Relator, e o Diretor Tarcísio Jorge Caldas Pereira, designado para o Acórdão. Presente o Procurador-Geral, José Maria de Santa Cruz Oliveira. Brasília, 16 de junho de 2003.</p> |

O cotejo analítico preliminar entre os acórdãos da mesma Agência Nacional de Transportes Aquaviários demonstra ou a ausência de uniformidade regulatória ou uma patente incoerência no tratamento de circunstâncias idênticas passíveis de infringir a concorrência e a livre iniciativa no âmbito do setor regulado.

Entender o em quê consistem tais custos foi a primeira motivação desse trabalho. Propriamente jurídica foi a questão seguinte: existindo tais custos, seriam eles passíveis de ser imputados aos recebedores de cargas, que não têm qualquer contrato, relação comercial nem mesmo praticam ato ilícito qualquer em relação aos terminais – não sendo, por isso, devedores, no sentido obrigacional, mas credores das cargas a si destinadas - ?

Dáí que se buscou analisar, no caso do Porto de Salvador, em contraste com o caso do Porto de Santos, a disciplina contratual dos terminais, oportunidade em que se verificou, ao menos em relação ao terminal de contêineres TECON SALVADOR S.A., disciplina rigorosamente distinta daquela havida em Santos, porque minuciosa em detalhar, item a item, os serviços básicos e suas etapas materiais constitutivas.

O Tecon Salvador S.A. afirma que a operação de segregação de cargas para os recintos alfandegados independentes geraria custos administrativos e operacionais não previstos e decorrentes da responsabilidade especial que recairia sobre si em razão de lidar com cargas ainda não nacionalizadas, no que é acompanhado pela Intermarítima Terminais⁶

⁶ O TECON SALVADOR S.A. afirma que, além dos custos decorrentes da operação propriamente dita na rotina de segregação, haveria uma série de procedimentos administrativos específicos e diferenciados a, igualmente, impor custos adicionais ao seu terminal de contêineres. Tais custos administrativos consubstanciariam os seguintes: **a) Armazenagem do contêiner por 48 horas até sua retirada do recinto alfandegado** (serviço que, segundo a Representada, não seria contemplado no THC cobrado pelo Armador); **b) Recepção e conferência da documentação específica** até o momento da atracação da embarcação (cópia do conhecimento de carga, autorização do importador, documento de transferência – DT ou DTA); **c) Remoção dos contêineres para áreas próprias**, separadas por Recinto Alfandegado de destino, de modo a garantir o cumprimento do prazo de entrega em 48 horas; **d) Seguros** das cargas em trânsito; **e) Responsabilidade perante a Receita Federal pelas cargas armazenadas**, inclusive quanto ao pagamento dos impostos devidos; **f) Operação em regime extraordinário** para garantir o cumprimento do prazo de entrega em 48 horas.

A redação do contrato de arrendamento das áreas exploradas pela Intermarítima Terminais Ltda. é radicalmente diferente e, por isso mesmo, gerou a preocupação expressa na presente pesquisa.

A Intermarítima Terminais Ltda., por sua vez, afirma que a segregação de contêineres para os recintos alfandegados decorre da aplicação de regime diferenciado exigido pela Instrução Normativa da Receita Federal SRF nº 248, de 25 de novembro de 2002, que imporia, segundo a Representada, as seguintes obrigações adicionais: **1) controle da carga**, com verificação de avarias, diferenças de peso e eventuais indícios de violação; **2) controle dos documentos** que comprovam a destinação da mercadoria, e **3) disponibilização dos**

Sustenta, ainda, que a existência de recintos alfandegados independentes é resquício do contexto operacional anterior à privatização, imprestáveis ao atual contexto, de modo que sua eliminação decorreria naturalmente, visto ser mais eficiente a prestação verticalizada dos serviços de operação portuária (manuseios verticais e horizontais de cargas) e não haver tais figuras em outras jurisdições.

Antes de verificar a correção de tais assertivas perplexidade foi que, mesmo no contexto de um contrato em que a disciplina dos serviços estava minuciosamente descrita, incluindo os serviços de separação de cargas e entrega aos recebedores no portão do terminal, tais práticas, de cobrança a título de segregação, encontraram lugar e, muito embora a diretoria daquela Agência tenha negado validade a tal prática, a ANTAQ ainda claudicou quanto à disciplina da questão, como se vê do cotejo entre os votos exarados.

O voto do Diretor José Guimarães Barreiros sustenta a existência de serviços adicionais

*“o serviço de segregação de contêineres destinados a outros recintos alfandegados não se confunde com os serviços previstos na cláusula 24ª, inciso 14, que são serviços de capatazia” e que “a segregação de contêineres é uma nova etapa de trabalho adicional que surgiu para agilização operacional face à necessidade do aumento da velocidade trânsito (sic) dos contêineres e, com isso, reduzir o custo de importação. Assim, a Tecon Salvador presta um serviço adicional de segregação e transferência de mercadorias, que encontra sua previsão no contrato de arrendamento como demais serviços”.*⁷

Já o voto do Diretor-Geral da Agência, Carlos Alberto Wanderley Nóbrega, sustenta a existência de custos adicionais, mas entende inaplicável a cobrança por conta, tão somente, da redação do Contrato de Arrendamento entre TECON Salvador e CODEBA, conforme os seguintes termos:

“a) a separação e entrega de contêineres para os recintos alfandegados implicam em (sic) operações adicionais em relação a operação básica otimizada do terminal; logo, implicam em (sic) custos adicionais; b) no caso do contrato firmado entre a CODEBA e o TECON, os termos estipulados em sua Cláusula 24ª englobam todos os serviços de movimentação de contêineres, desde sua descarga até sua entrega ao importador consignatário; portanto, é indevida a cobrança dos serviços adicionais pelo TECON para os recintos alfandegados; c) os preços cobrados pela segregação de contêineres indicam que o TECON está praticando

contêineres de forma desmembrada e em área demarcada no prazo máximo de 48 horas. Aduz ainda que, nessa rotina diferenciada, além de atuar como agente aduaneiro, tem de arcar com responsabilidades a que não estaria submetida se as cargas fossem armazenadas em seu recinto e liberar a carga em período não superior a 48 horas, enquanto, via de regra, a liberação é feita em 72 horas, após as quais pode-se cobrar pela armazenagem da carga.

⁷ Agência Nacional de Transportes Aquaviários - PROCESSO Nº 50300.000022/02 – fls. 2728

preços acima do nível apropriado, prejudicando o acesso dos recintos alfandegados ao mercado.”⁸

Qual, afinal, a natureza dos serviços prestados? Básicos ou adicionais? Quais os fundamentos de uma e de outra construção?

De forma mais elaborada, mas no mesmo sentido do voto anterior, o voto proferido pelo Diretor da ANTAQ Tarcísio Jorge Caldas Pereira considera que as etapas tidas por adicionais na entrega das cargas direcionadas aos recintos alfandegados independentes (também chamados *portos secos*) já estão contempladas pela disciplina contratual dos serviços constantes da cláusula 24^a do contrato entre TECON Salvador e CODEBA e, nesse sentido, só poderiam ser considerados ‘adicionais’ serviços cujos objetos jurídicos não se confundissem com as etapas materiais desses constantes do contrato:

“... A apropriação de custos na formação de preços é, e deve ser, de fato e de direito, resultante de termos de contrato, sendo ainda, no caso exame, sujeita aos limites fixados pelo contrato administrativo de arrendamento entre o Tecon e a Cia das Docas do Estado da Bahia – CODEBA.” (..) “Ora, a Conceituação do serviço de movimentação de containers, expressa no inciso XIV da Cláusula 24^a do dito contrato administrativo, está vazada em termos que permitem entender, com segurança, “que o trabalho ou as atividades acrescentados à rotina normal que são executados pela arrendatária para a movimentação de containers destinados às EADIs, não constituem serviços adicionais. Com efeito, a natureza dos referidos trabalhos ou atividades acrescentados está claramente abrangida pela disposição citada, que de outro lado não faz qualquer referência à quantidade de trabalho ou de atividades requeridos por container. Portanto, a quantidade de trabalho coberta pelo preço é a que for necessária para completar a movimentação, até a entrega de cada unidade ao seu destinatário. Em outras palavras, o conceito de ‘serviço adicional’ é o de um serviço prestado ao usuário que não se enquadre nas espécies enumeradas no inciso XIV da cláusula 24^a do Contrato de Arrendamento, e não o de um acréscimo na quantidade das prestações tipificadas no mencionado inciso.”⁹

Embora a orientação desse último voto se incline ao entendimento que se reputa correto, de que não é possível transformar serviços ínsitos a atividade básica e razão de ser dos portos em serviços adicionais, remanesce a discussão quanto à disciplina da questão no Porto de Salvador, tendo em vista que, até o momento, as autoridades valeram-se tão somente da redação de cada um dos contratos de arrendamento para decidir sobre a existência ou não de custos – ou, considerada sua existência, sobre a possibilidade jurídica de imputação desses valores aos recintos alfandegados independentes.

Consultada sobre a divergência de entendimentos, a Agência sustentou que o conflito seria apenas aparente, visto que a definição do que seriam os serviços básicos ou

⁸ Agência Nacional de Transportes Aquaviários - PROCESSO Nº 50300.000022/02 – fls. 2735 e seguintes

⁹ Agência Nacional de Transportes Aquaviários - PROCESSO Nº 50300.000022/02 – fls. 2.746

complementares ficaria ao encargo dos contratos de arrendamento firmados pelas autoridades portuárias locais. Assim se proceder, uma mudança redacional poderia transformar realidades idênticas ora em regular cumprimento de normas, ora em infração regulatória e concorrencial. É dizer: a etapa de entrega de cargas a recebedores – especialmente para aqueles recebedores que carecem das cargas movimentadas pelos operadores portuários para com eles concorrem em um mercado mais rentável – poderia ser devida ou não a depender da interpretação de contratos feitos, cada qual, sem parâmetros regulatórios minimamente uniformes.

Ocorre que, ainda no Porto de Salvador, **no caso da área arrendada pela Intermarítima Terminais Ltda., não há, no instrumento contratual firmado com a CODEBA, detalhamento quanto à política de tarifas, de modo que os valores dos serviços são livremente estabelecidos pela operadora. Daí que, seguindo-se o raciocínio que tem pautado o entendimento da ANTAQ, corre-se o risco de, mesmo no Porto de Salvador, entender-se que idêntica prática – a cobrança de valores em face dos recintos alfandegados, denominada Terminal Handling Charge 2 – “2” porque seria cobrada em duplicidade, já que seus serviços já seriam pagos pela THC do armador ao terminal – ser considerada ilegítima (em relação ao TECON Salvador) e legítima (no caso da Intermarítima Terminais Ltda.), aprofundando ainda mais a incoerência regulatória e os danos logísticos e concorrenciais daí advindos.**

Assim se dá especialmente porque a Intermarítima Terminais Ltda. aduziu, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84, que corre perante o CADE, a existência dos serviços adicionais na rotina de entrega de cargas para armazenagem destinadas às Estações Aduaneiras Interiores - EADIs, que são concorrentes suas no mercado de armazenagem alfandegada, *em razão das obrigações inerentes ao regime de trânsito aduaneiro ao qual aquelas cargas ficam sujeitas, dentre as quais destaca a disponibilização da carga desmembrada e em área demarcada no prazo máximo de 48 horas, o que demandaria rotina operacional diferenciada.*

Nesse sentido, a Intermarítima Terminais tem alegado que tal rotina de serviços complementares seria obrigatória apenas no Contrato de Arrendamento do TECON SALVADOR, firmado com a Companhia Docas do Estado da Bahia, **vínculo que nada lhe daria respeito, por ela, Intermarítima, não ser dele signatária e não estar, dessarte,**

jungida aos termos e obrigações decorrentes daquele Contrato de Arrendamento. A própria operadora portuária sustenta que a cobrança da THC2 estaria proibida apenas para o TECON SALVADOR S.A., restando legítima e aberta a possibilidade de cobranças serem estabelecidas em relação a seus clientes.

A perplexidade – não a última – é que tal asserção foi corroborado pela Companhia das Docas da Bahia – CODEBA!¹⁰ e, não bastasse, a própria ANTAQ, ao tentar estabelecer parâmetros regulatórios para a exploração dos serviços de movimentação e armazenagem nos terminais de contêineres nos portos públicos, acabou por ratificar – apenas consolidou o *status quo*, em verdadeira norma regulatória em branco, que deixou à disciplina concreta de cada contrato de arrendamento a possibilidade (ou não) de cobrança de valores a título de segregação e entrega.

Dessa maneira, a construção aqui empreendida buscará fornecer critérios às autoridades públicas – aduaneira, regulatória e antitruste – sobre a correção jurídica das afirmações de existência de custos e serviços adicionais, a justificar a cobrança em face dos recebedores, tendo em tela se as obrigações aduaneiras a que se submetem os operadores portuários arrendatários de terminais nos portos públicos, quando na relação com os terminais retroportuários. Desse modo, poderão ser empreendidas análises para além da disciplina (casuística) dos contratos de arrendamento, o que poderá ser útil tanto ao exercício das competências sancionatórias, na elaboração normativa e na interpretação das normas contratuais, tendo em vista, principalmente, suas consequências na esfera antitruste.

Com o fim de identificar se os serviços de segregação e entrega de contêineres sujeitos a regimes aduaneiros especiais, destinados a recintos alfandegados, geram serviços não previsto, far-se-á (i) no primeiro capítulo, um breve excursão histórico sobre a indústria portuária, abordando a disciplina das operações portuárias no Brasil e os agentes principais que a ela se relacionam; (ii) no segundo capítulo, a disciplina do transporte marítimo e da operação portuária das cargas sob regimes alfandegados será analisada e, (iii) no terceiro capítulo, será realizada a análise específica do regime aduaneiro praticado no Porto de Salvador com vistas a identificar se, a despeito do que dizem os díspares contratos de arrendamento daqueles terminais, as rotinas de entrega de cargas containerizadas para os

¹⁰ Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84. Representante: Ministério Público Federal Da Bahia; representa

recintos alfandegados poderiam ser consideradas, ou não, serviços autônomos e adicionais e, em seguida, se poderiam justificar cobranças diretas dos recebedores de carga. No (iv) quarto e último capítulo, será analisada a racionalidade anticompetitiva da conduta e se a recente elaboração de norma por parte da Agência Nacional de Transportes Aquaviários de algum modo convalida tais expedientes e, assim sendo, se afasta a competência das autoridades de defesa da concorrência.

CAPÍTULO 1 – NOTAS HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO PORTUÁRIO BRASILEIRO

O conceito de porto foi enunciado entre os romanos primeiramente por Ulpiano como sendo “um lugar fechado em que se importam e exportam mercadorias. Além disso, tal estação é fechada e abrigada, donde o nome *angiporto*”¹¹. Desse modo, pode-se dizer, *grosso modo*, que a noção naturalística de porto foi inserida nas discussões jurídicas das *coisas*¹² (*res*), especialmente no tocante ao plexo de bens de fruição coletiva (*ager publicus*), formadores do que se veio a compreender por *domínio público*.

Quanto às linhas inaugurais do tratamento jurídico conferido aos portos na tradição latina e, mais proximamente, na luso-brasileira, Rodrigo Octavio, em monografia dedicada ao tema “bens públicos”, afirma que “*no direito romano, de onde o nosso deriva, todos os rios eram considerados públicos. A Instituta de Justiniano [cf. Livro Segundo, Tomo Primeiro, “de civis rerum”] resava: «São públicos os rios e os portos; pelo que compete a todos o direito de pescar nelles»*”¹³.

O eminente jurista Teixeira de Freitas, estudioso esmerado do Direito Romano e das Ordenações do Reino, considerava o porto “*coisa do domínio nacional*” de “uso público”, ao lado das estradas e ruas públicas, e dos rios navegáveis. Tanto é que, na Consolidação das Leis Civis, de 1857, o civilista assim qualifica:

“Art. 52. São do domínio nacional: (...)”

¹¹ Tradução de “*Portus appellatus est conclusus locus, quo importantur mercês, et inde exportantur; eaque nihilominus statio conclusa, atque munita; inde angiportum dictum est*”, D. 50, 16, 59, Ulpianus liber 68, ad Edictum. Apud CRETELLA JÚNIOR, Dos bens públicos na Constituição de 1988. Revista dos Tribunais, São Paulo, V. 486, ano 65, p.11-21, abr. 1976.

¹² Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto: “Manuel Maria DIEZ dá notícia da classificação das coisas proposta por Gaio em *divini juris* e *humani juris*. As *res divini juris* contemplavam as *res sacrae*, *res religiosas* e as *res sanctae*. Já as *res humani juris* dividiam-se em *res communes* (pertencentes a ninguém, insuscetíveis de apropriação individual, como o ar e o mar), *res publicae* (bens suscetíveis de apropriação individual, mas aplicados ao uso geral, incondicionado e gratuito pelo povo romano, como as ruas e caminhos), *res universitatis* (destinadas ao uso comum por uma universalidade de indivíduos definida) e as *res singulorum* (estas passíveis de apropriação individual). MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica – O regime jurídico das utilidades públicas – Ed. Fórum, 2009.

¹³ OCTAVIO, Rodrigo. Do domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal, 2ª ed., Livraria Academica Saraiva e Cia. – Editores, São Paulo, 1924, p. 74.

§ 2º *As coisas do uso público, como estradas e ruas públicas; rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo; e igualmente os portos de mar, onde navios costumam ancorar.*"

Segundo RODRIGUES, Teixeira de Freitas teria sido ainda mais radical nessa concepção quando de seu Esboço de Código Civil (realizado entre 1860 e 1864), no qual o jurista não apenas afirmou a propriedade nacional e pública dos portos, como chegou a afirmar textualmente, no art. 328 do Esboço, que os portos, por serem coisa pública e de uso comum do povo, seriam de uso gratuito pela população. Do ponto de vista jurídico, tal posicionamento, no entanto, não viria a ser consagrado; muito pelo contrário, o uso privativo e comercial do bem público "porto", via concessão ou arrendamento a privados, é que se institucionalizariam desde o princípio¹⁴.

Sustenta RODRIGUES, em indispensável estudo sobre a evolução histórico-normativa dos portos, a mesma concepção romana segundo a qual os portos seriam bens de uso comum do povo teria sido recepcionada nas Ordenações do Reino de Portugal. No Livro II, Tomo XXVI, § 9, "*Dos Direitos Reais*", das Ordenações Filipinas (cujo dispositivo repete idêntica redação constante dos diplomas antecedentes, a saber as Ordenações Afonsinas e Manuelinas) afirma-se que: "*Direito Real he poder crear ... os portos de mar, onde os navios costumam ancorar, e as rendas e direitos, que de tempo antigo se costumaram pagar das mercadorias, que a elles são trazidas.*"¹⁵

Ao tempo das Ordenações, a doutrina da época compreendia por direitos reais (Regalium) um conjunto amplo de prerrogativas e privilégios que assistiam ao Monarca na qualidade de supremo regente, representante da vontade popular (*regalia maiora*) ou como agente econômico no uso, gozo e fruição dos bens de seu domínio patrimonial (*regalia minora*), conforme leciona HESPANHA:

"A doutrina distingue entre *regalia maiora* - direitos que competem ao rei em sinal de 'poder e jurisdição' (D. A. Portugal, De Donationibus..., 1, 2, c. 1, n. 16) - e *regalia minora* - direitos

¹⁴ Do ponto de vista econômico, mesmo que o legislador pretendesse conferir tratamento idêntico às ruas e praças, em alguma medida, sendo o porto e suas instalações bens escassos, sua utilização gera rivalidade e exclusão, características de bens privados, no senso econômico do termo, repita-se). RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime na Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 145- 215, jul./set. 2012.

¹⁵ Aqui já se nota, ao lado do conceito jurídico que confere caráter público ao bem como coisa comum de uso indistinto e não-excludente, a possibilidade de apropriação econômica de parcela da exploração que vier a ser feita no âmbito das áreas e instalações portuárias. (isto é, alocação de excludente de terceiro)

que competem ao rei 'em razão de seu domínio universal ou em sinal de submissão' (M. A. Pegas, *Commentaria...*, 9, [O. 2.28] ad Rubr. n. 87 ss. - ou, acolhendo outra definição, que 'dizem apenas respeito aos proventos fiscais e aos frutos patrimoniais (D. A. Portugal, *De Donat. ibid.*, n. 19). A principal característica dos primeiros é a sua inseparabilidade da pessoa do rei ('*ossibus principis adhaerent*'). Quanto aos segundos, alienáveis, não o podem ser contudo senão expressamente; esta é a doutrina do direito comum." *História das instituições*, cit., p. 321, nt. 633.¹⁶

Conforme a lição de Rodrigo Octavio¹⁷, era esse o modo pelo qual se apartavam aquelas prerrogativas ditas “naturais” do monarca (inerentes à sua dignidade real), de outra sorte de vantagens, as que derivariam de específicos laços de suserania e vassalagem, de natureza contratual. Segundo LOUREIRO, repousava no interior dessa distinção uma certa zona de indiscernibilidade entre aqueles poderes que seriam atributos da soberania ou domínio político da Coroa (o Rei como supremo chefe militar) e os demais, enquanto manifestações de uma espécie de superioridade econômica do monarca (o Rei como “Senhor” ou como “Grande Proprietário” do Reino)¹⁸.

Tal concentração sucessiva de privilégios em favor do Monarca foi reunida nas Ordenações Afonsinas, a partir dos trabalhos dos compiladores medievais e dos esforços dos juristas reinóis, estudiosos das normas imperiais, responsáveis por compilar o rol bastante heterogêneo de prerrogativas conferidas ao Monarca¹⁹, dentre as quais nos interessam, porque

¹⁶ LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria do petróleo: Evolução Normativa*. Porto Alegre. S.A. Fabris Editor. Porto Alegre, 2012.

¹⁷ “Por Direitos Reais entendemos todos os direitos, faculdades e possessões que pertencem ao Sumo Imperante como tal e como representante da Sociedade. Os que como Sumo Imperante lhe competem ou são essenciais e resultados da noção de Sumo Império, ou são adventícios, e resultados de pactos e convenções especiais ou do costume do Reino. Os que lhe competem como Representante da Sociedade são os que resultam da natureza da mesma representação. Os juristas intérpretes do Direito Romano dividiam os Direitos Reais em maiores e menores; chamando maiores aos Majestáticos, essenciais, e menores aos adventícios como são os Bens da Coroa” LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Op.cit.* p. 28

¹⁸ Conforme aponta LOUREIRO, esse tema envereda-se pela “conturbadíssima relação entre o conceito civilístico de dominium e a formação da ideia política de soberania”. Seja como exercício da soberania política, seja como exercício do domínio eminente, o poder do Monarca sobre as atividades econômicas e bens encontra-se numa zona cinzenta entre o jurídico e o político, a qual derrama matizes púmbleos, no peso e na cor, por sobre as questões de primeira ordem à teoria e à prática jurídica hodiernas, jazendo na base de distinções entre “interesse público primário” e “interesse público secundário”; entre “serviços públicos essenciais” e “serviços públicos não-essenciais”; “serviços públicos” e “atividades econômicas de utilidade pública”. *Idem, ibidem*.

¹⁹ Segundo percuciente observação de LOUREIRO, idêntico papel cumpre o atual art. 21 da vigente Constituição, na medida em que extremaria do patrimônio privado aquele rol de bens (e atividades, enquanto bens imateriais) investidos na potestade pública estatal. O autor alerta, em seu zelo com a conformação histórica dos institutos jurídicos, que subjaz ao mencionado art. 21 da Constituição, com seu rol de competências da União em face dos Estados, Municípios e (mesmo) agentes privados, uma filiação conceitual ancestral (ainda que não direta, no que respeita àqueles entes federais, dado que a construção teórica do federalismo e os esforços para sua consolidação institucional é bem mais moderna). Tal partição de competências em favor do poder central, no seio do Estado Federal, é tributária dos esforços feitos pela tradição jurídica no sentido de garantir um

atinentes à disciplina portuária, as seguintes:

L. II, Tit. XXIV – Dos Direitos Reais que aos Reis pertence de haver em seus Reinos, por direito comum. (...)

5. Item, entradas e ruas públicas antigamente usadas e os rios navegantes e aqueles de que se fazem os navegantes, se são cabedais, que correm continuamente o tempo todo, para que o uso assim das estradas e ruas públicas como dos rios seja igualmente comum a toda a gente, e qualquer outra coisa animada, ficando sempre a propriedade deles no Patrimônio Fiscal.

6. Item, os portos de mar, onde os navios costumam ancorar; e as rendas e direitos que desde antigamente se acostumaram a pagar as mercadorias que a eles são trazidas.

7. Item, as ilhas ou ínsulas adjacentes ao Reino, a que são mais chegadas.

8. Item, os direitos que se pagam pelos passageiros, atravessando os rios cabedais de uma parte para outra. (...)

13. As portagens e outros quaesquer direitos, que se pagam segundo Direito, ou costume da terra, que se trazem para a terra, ou levam para fora della.”

Verifica-se que a exploração dos portos, de suas rendas e direitos, tanto os pagos por mercadorias quanto por passageiros, eram privilégios econômicos do Monarca enquanto *dominus* do bem, enquadrando-se no âmbito dos *regalia minora*²⁰

Tal noção de aproveitamento econômico da *coisa pública* em proveito do soberano assenta-se classificação justinianeia das coisas, segundo a qual elas seriam divididas em “*res is patrimonium nostro*” e “*res extra nostrum patrimonium*”. As “*res in patromonio nostro*” dividiam-se em *res privatae* e em *res in pecunia populi*, estas últimas, segundo

espaço de autonomia do Monarca em face dos poderes territoriais/regionais (senhores feudais), de um lado, e dos poderes universais (Igreja e Império), de outro. Op.cit. p.14

²⁰ Nesse sentido, corrobora outro dispositivo expresso das Ordenações Filipinas, no Livro II, Título XXVIII, no qual se ressalva expressamente que a principal fonte de captação de rendas instaladas nos portos, as alfândegas, jamais poderia ser alijada da Coroa – e, caso o tivessem sido, tais atos seriam nulos de pleno direito: “Título XXVIII – Que as Alfandegas, Sisas, Terças e Minas não se entenda serem dadas em algumas doações. Por quanto em muitas doações feitas per Nós, e per os Reys nossos antecessores, são postas clausulas muito geraes e exuberantes, declaramos, que por taes doações, e clausulas nellas conteúdas, nunca se entende serem dadas as dizimas, novas dos pescados, nem os veeiros e Minas, de qualquer sorte que sejam, salvo se expressamente forem nomeados, e dados na dita doação. E para prescrição das ditas cousas não se poderá allegar posse alguma, postoque seja immemorial. 1. E outrosi não valerá a doação das Sias e Alfandegas, postoque expressamente se dê, porque não He de crer, que o Rey, que tal Carta assignou, e assignàra, se a vira, por ser cousa tão prejudicial à Coroa do Reino.” <http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l2p445.htm> - Acesso em 15/01/2013

aponta Floriano de Azevedo Marques Neto, “*constituindo-se de coisas apropriáveis individualmente pelo Estado com vistas a gerar rendas para o povo romano*”²¹.

Parece-nos, portanto, nesse nascedouro da disciplina jurídica portuária, haver um vínculo de acessoriedade entre a exploração das atividades e as diretrizes jurídicas que diziam respeito ao bem. Não se cogitava, ainda, a exploração das atividades internas ao porto como se autônomas fossem. Não se cogitava também de que os portos fizessem parte dos *regalia maiora*, de modo que sua exploração era voltada à apropriação egoística de rendas em favor da Coroa .

Cândido Mendes de Almeida, em comentário ao mencionado dispositivo das Ordenações, os “*Direitos Reais são hoje os Nacionais*”²², de modo que os portos constituíam espécie de direito real e que, segundo o opinião dos doutores do Império, os direitos reais das Ordenações corresponderiam aos bens “nacionais”, aos quais a doutrina passou a denominar *bens de uso comum do povo*, sem maior disciplina de seu uso.

O que de mais frutífero para a análise que se busca aqui empreender é observar que, já nessas concepções mais antigas do direito reinol, o bem nacional “porto” (ou, ainda: o bem público “porto”) compreende em si também as atividades realizadas em seu âmbito (a saber, “*rendas e direitos*” e “*mercadorias*” que a si são trazidas). É dizer: o bem público “porto” também comporta em seu próprio conceito as atividades inerentes à sua finalidade, as quais são, por isso, abrangidas pelo próprio regime jurídico reitor do bem “porto”.

Mais tarde, após as Revoluções e a construção da personalidade jurídica do Estado como centro de imputação de direitos e obrigações, esse núcleo de prerrogativas antes egoisticamente atribuído em favor do Monarca seria transferido a um ente abstrato (o Estado) sob as vestes de patrimônio nacional²³. Os imperativos da limitação jurídica do poder político e da funcionalização do patrimônio e da atividade do Estado, voltado à satisfação das

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica – O regime jurídico das utilidades públicas – Ed. Fórum, 2009.

²² Cândido Mendes de Almeida, Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, 1870, RJ, Edição fac-similar do Senado Federal, Tomo 2, Brasília, 2004, p. 441.

²³ Foge ao escopo desse trabalho, por si só já bastante audacioso no recorte, a exposição da riquíssima literatura atinente à gênese do Conferir a obra do Prof. Floriano Azevedo Marques Neto sobre o tema. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op.cit. p. 68

necessidades públicas (interesse público)²⁴, certamente irradiará consequências, mais ou menos intensas, na área econômica de atuação do Estado, inclusive no que respeita aos portos.

A disciplina dos principais serviços portuários propriamente ditos só veio a ocorrer nos diplomas seguintes, em atenção aos imperativos econômicos e às exigências decorrentes das rotinas de importação e exportação, bem como da navegação marítima entre portos da costa brasileira (navegação de cabotagem). No entanto, tais serviços não se emanciparam desde logo, já nesse contexto, vez que se mantiveram, por longo tempo ainda, jungidos ao regime do bem e corolários dele. Tal fenômeno não se restringe à disciplina dos portos; antes, parece encontrar correspondência na conformação histórica da atuação do Estado na Economia como um todo, conforme aponta LOUREIRO:

“Em termos históricos, o reconhecimento de um bem como público foi uma das primeiras bases para a irradiação de normas jurídicas especiais e mesmo uma das primeiras etapas em direção à regulamentação da relacionada atividade. Como bem jurídico, a coisa pública não é apenas elemento de riqueza, mas também instrumento de realização de certos fins.

Quanto ao primeiro ponto [aos bens], basta referir que, na base da atual ação popular (art. 5º, inc. LXXIII), direcionada para a tutela do patrimônio público (dentre outros bens), esteve a construção dogmática da categoria *res publicae*, iniciada pelos juristas romanos que desenvolveram riquíssima lista de interditos (*interdicta*) específicos, com legitimação ativa ampla e cujo objeto era, justamente, a proteção e uso adequado destes bens. Tais remédios processuais não só eram consequência direta do status jurídico de *res publicae* como também ajudaram decisivamente a conformar, ao longo do tempo, o próprio regime delas.

Com relação ao segundo (a titularidade do bem como etapa para a regulação da atividade), digno de nota é que a atual concessão de serviço público – instituto que tem por objeto a imaterial atividade prestacional – teve como um de seus imediatos antecessores a concessão de obra pública voltada para a construção de um bem público. Foi a partir da imposição de regras relativas à fruição do bem público pelo construtor (concessionário) que se começou a controlar (e fiscalizar) a atividade que o bem propiciava. Posteriormente, adquiriu autonomia e mesmo prevalência este elemento imaterial (exploração da obra pública, depois ‘serviço público’).”²⁵

As preocupações com as finalidades e os valores sociais atingidos com a exploração dos portos não foram marcantes no início da tradição portuária brasileira – ou, mais propriamente, luso-brasileira, especialmente no Brasil Colônia. Conforme aponta Itiberê Castellano, mesmo a "Abertura dos Portos às Nações Amigas" -- por meio da Carta Régia de

²⁴ Tal viés altruístico e funcional, gravado nos bens e atividades atribuídos ao Estado, não afastou a distinção entre regalia maiora e regalia minora; antes, parece ter aproximado – bastante, até – ao ponto de se falar em “serviços públicos industriais e comerciais”.

²⁵ LOUREIRO. Op. cit. P. 14

Dom João VI, no dia 28 de janeiro de 1808 --, ato que tornou os portos brasileiros abertos ao comércio marítimo internacional, ainda não foi acompanhada da implantação imediata de qualquer atividade estatal nos portos.

Pelo contrário, foi somente no ano de 1810 que o Rei Dom João VI determinou fossem estabelecidas as "Mesas de Renda"²⁶, que nada mais eram que postos alfandegários a fim de cobrar tributos em função das atividades portuárias prestadas às cargas.

Em suma, a primeira preocupação da Coroa Portuguesa, no Brasil Colonial, foi a de garantir a arrecadação fiscal decorrente da exploração do bem, sem qualquer noção de obrigatoriedade de prestação ou dever de continuidade das tarefas e atividades econômicas havidas no âmbito dos portos, as quais passavam longe de serem consideradas “serviços” – porque não autônomas nem abstratamente definidas, senão pelo costume - e, menos ainda eram tidas como “serviços públicos”.

Tal consideração será importante para as considerações que serão tecidas no Capítulo III.

1.1 - Direito Portuário no Período Imperial

Já no período pós-colonial, a Constituição de 1824 nada mencionou sobre portos, que continuaram sendo tratados como bens de uso comum do povo, à semelhança das ruas, estradas e praças, isto é, sem maiores e singulares disciplinamentos jurídicos.

1.1.1- Carta de Lei de 29 de agosto de 1828

Em 29 de agosto de 1828, no entanto, foi editada por Dom Pedro I uma Carta de Lei que instituíu normas voltadas à captação de investimentos privados em infraestrutura de navegabilidade e transferência entre modais de transporte. CASTELLANO identifica nesse

²⁶ As atividades portuárias no Brasil Colônia não demandavam maiores condições técnicas de acesso e atracação aos cais de acostagem, dada a pequena envergadura e capacidade de carga das embarcações. De igual sorte, não eram necessários instrumentos para movimentação vertical de carga, vez que o carregamento e o descarregamento processavam-se, via de regra, por meio de rampas de acesso. Eis porque a atividade estatal nos portos, no período, resumira-se à atividade fiscal. Como mencionado, a primeira autoridade pública instituída nos portos foram as Mesas de Rendas das Alfândegas, submetidas ao Ministério da Fazenda na Corte e Província do Rio de Janeiro, conforme o Decreto nº 2.647, de 19 de setembro de 1860.

documento o nascimento da concessão de obra pública no Direito Administrativo Brasileiro, vez que a disciplina de tal diploma era voltada, nos termos do édito imperial, “*para a construção das obras públicas que tivessem por objecto a navegação dos rios, abertura de canaes, edificação de estradas, portos, pontes, calçadas ou aqueductos*” pela iniciativa privada, a qual se ressarciria dos investimentos feitos por meio da cobrança de “*taxas de uso e de passagem*”.

1.2.2 - Lei das Docas

Em 13 de outubro de 1869, já no 2º Reinado, foi editado o Decreto nº 1.746, de 13 de outubro de 1869 que instituiu a concessão de portos e determinava a criação das primeiras Companhias Docas privadas do país, razão pela qual o diploma restou conhecido como “Lei das Docas”. Do ponto de vista jurídico, os objetivos e instrumentos em nada se alteraram em relação à Carta de Lei de 1828, vez que ainda se buscava, fundamentalmente, (i) permitir a melhoria dos portos já existentes e (ii) fomentar a construção de novos, em ambos os casos a partir da ação e do investimento dos sujeitos privados, sob as vestes de concessionários de obra pública.

É digno de nota que a Lei de Docas, além de vocacionada à atração de investimento privado em infraestrutura -- construção de docas e armazéns --, debruçou-se de modo mais detido que os diplomas anteriores sobre as *atividades* de carga, descarga e conservação das mercadorias de importação e exportação, lançando, assim, bases²⁷ para a individualização e definição de determinados serviços portuários, seu regime de definição de preços e remuneração, bem como de prerrogativas, direitos, faculdades, ônus e obrigações dos

²⁷ A Lei de Docas delineia, conforme aponta CASTELLANOS, notas jurídicas tendentes a estabelecer aspectos importantes no relacionamento entre o Estado e os privados, destacando-se: (i) a submissão ao governo dos projetos de obras (art. 1º, § 1º); (ii) O controle do governo sobre o capital da empresa (art. 1º, § 2º); (iii) o prazo da concessão, de até 90 anos, findos os quais “*ficarão pertencendo ao Governo todas as obras e o material fixo e rodante da empresa*” (art. 1º, § 3º); (iv) a retribuição devida ao concessionário, i.e., “*taxas reguladas por uma tarifa proposta pelos emprezarios e aprovada pelo governo imperial*”, com regras sobre uma revisão ordinária, de 5 em 5 anos (art. 1º, § 5º); (v) relativamente à administração do porto, “*o governo poderá encarregar às companhias de docas o serviço de capatazias e de armazenagem das alfândegas*” (art. 1º, § 7º); (vi) Direito dos concessionários de “*desapropriar, na forma do Decreto n. 1.644, de 27 de outubro de 1855, as propriedades e as benfeitorias pertencentes a particulares, que se acharem em terrenos necessários à construção das suas obras*” (art. 1º, § 10); (vii) Direito de inspeção do governo imperial sobre “*a execução e o custeio das obras, para assegurar o exato cumprimento dos contratos que houve estabelecido*” (art. 1º, § 11).

concessionários na exploração das instalações. Tal concessão de exploração era limitada no tempo e envolvia, ao fim do vínculo, a reversão dos bens em favor do Estado.

De todo modo, essas incipientes notas jurídicas sobre algumas atividades não infirmam que a preocupação fundamental não cuidava dos serviços, mas do bem “porto”. Corroboram a centralidade do aspecto dominial na regulação portuária, desde sua origem, as observações depostas na pesquisa de Giovana Mayer acerca da história da formação do regime portuário no Brasil. Especialmente sobre a Lei das Docas, aponta que:

"O passo inicial da regulação da infraestrutura portuária foi o Decreto Imperial n. 1.746, de 13 de outubro de 1869. Longe de ser apenas mais um dado histórico, o Decreto forneceu muitos dos contornos que são utilizados até hoje no direito brasileiro. A começar que a própria Lei autorizava o Império a contratar obras para a melhoria dos portos e para a construção de armazéns e docas. Ao mencionar “a melhoria”, constata-se que já existiam portos no Brasil.

Os portos brasileiros não nascem, portanto, de uma construção jurídica. Pode-se dizer, portanto, que direito apenas reconhece que certos locais, já utilizados como ancoradouro e área de embarque e desembarque, são de utilidade pública e, portanto, merecem especial atenção do Estado. A exploração dos portos brasileiros não era uma atividade pública, mas privada, sujeita ao controle do Estado. O governo contava com a iniciativa privada para a construção e melhoria dos portos. (...)

Muito embora o Decreto Imperial utilizasse a palavra “concessão” para nominar a forma pela qual o particular exploraria o porto, não se pode confundir a concessão imperial com a concessão de serviço público. Isso porque a atividade portuária não era considerada um serviço público, mas atividade privada sujeita ao controle do governo. A questão estava mais ligada à infraestrutura do que à prestação de serviço público, categoria que no século XIX ainda era desconhecida do operador jurídico brasileiro. A construção e melhoria de portos ocorria mediante um contrato, regulado em lei, do particular com o Império, que reconhecia o direito de explorar o porto por ele melhorado ou construído durante certo tempo, ao final do qual tais bens passariam para a União. Não há menção de quais melhorias o porto deveria sofrer tampouco quais os serviços que seriam prestados. Percebe-se, portanto, que a exploração da atividade portuária não tem início como monopólio do Estado. Era explorada por particulares, os quais poderiam escolher se solicitariam a autorização do governo para melhorar a sua infraestrutura e ser considerado um porto organizado ou se continuariam a explorar os seus trapiches e cais de forma particular.”²⁸

O modelo de concessão das obras portuárias com posterior exploração privilegiada do bem, no entanto, não vingou, de modo que diversos empreendimentos ou não atingiram os objetivos imaginados ou sequer foram iniciados.

²⁸ Giovana Mayer, Regulação portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do Direito, Dissertação de Mestrado, Orient. Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, UFPR, 2009, p. 51, disponível no site: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/21807/1/Giovanna%20Mayer%20Dissertacao%20portos..pdf>. Acesso em 20 de março de 2011

1.1.3 - LEI Nº. 3.314/1886

Em resposta a esse contexto, o governo imperial aliou a esse modelo uma forma alternativa por meio da qual se incumbia das obras portuárias, custeando-as por meio do aumento da taxaço sobre importações e exportações, e, posteriormente, transferindo sua exploração privativa aos investidores privados. Trata-se do surgimento do *arrendamento portuário*.

Tais notas distintivas de um regime jurídico atinente às atividades só viriam a ganhar maior organicidade e preocupação com os serviços, em si considerados, posteriormente. No período imperial, portanto, a concessão de obra pública tinha como contraprestação aos investimentos a exploração em regime de privilégio, com reserva de mercado em favor do concessionário²⁹.

Em suma, no período imperial, determinado porto era, *tout court*, entregue a concessionário ou arrendatário a título de "uso privativo de bem de uso comum". Assim, tanto a "concessão de uso de bem público" ou o "arrendamento de bem público" eram modalidades de *contratos administrativos* que investiam no particular o privilégio do uso de um bem público - o porto -, bem como a tarefa de sua exploração comercial.

À medida que os portos passaram a se ressentir da falta de instalações e de condições de infraestrutura e operação que permitissem uma exploração mais eficiente, o provimento desses recursos exigiu, ao lado das preocupações de arrecadação fiscal, a inserção dos portos na pauta de atividades relativa a transportes.

²⁹ É o que se depreende do Decreto de concessão nº. 9.979/1888, primeira concessão de obras para melhoria do Porto de Santos: "A Princesa Imperial Regente, em Nome do Imperador, Tendo em vista a proposta apresentada em concorrência pública por José Pinto de Oliveira, C. Gaffrée, Eduardo P. Guinle, João Gomes Ribeiro de Avelar, Dr. Alfredo Camillo Valdetaro, Benedicto Antônio da Silva e Ribeiro, Barros & Braga em virtude do edital da Diretoria das Obras Públicas da respectiva Secretaria de Estado datado de 19 de outubro de 1886, Há por bem conceder aos referidos proponentes autorização para construir as obras de melhoramento do Porto de Santos, a que se refere o mesmo edital, observadas as cláusulas que com este baixam... (...) II - Os concessionários terão **uso e gozo das obras** de que trata a cláusula precedente pelo prazo de trinta e nove anos a contar da presente data, com os ônus e vantagens estabelecidos pela Lei n.º 1.746, de mil oitocentos e sessenta e nove, e de acordo com as estipulações e modificações provenientes das presentes cláusulas. **Findo esses prazo, reverterão para o Estado, sem indenização alguma, as obras, terrenos e benfeitorias, bem como todo o material rodante da empresa.**"

Daí que, destoando das competências do Ministério da Fazenda na Corte e Província do Rio de Janeiro, as atividades portuárias passaram a subordinar-se ao Ministério de Viação e Obras Públicas, o qual assumiu os portos com vistas a modernizar as instalações e a prestar os serviços de dragagem, nos termos das concessões portuárias regidas não apenas pela Lei de Docas, como pelas normas editadas já no período republicano.³⁰

1.2 - LEGISLAÇÃO REPUBLICANA SUPERVENIENTE

O modelo imperial de exploração dominial do bem porto e de seus serviços correlatos manteve-se intocado na legislação exarada na República Velha. Nesse sentido, no que atine aos portos, convém consultar a Lei nº 957, de 30 de dezembro de 1902; o Decreto nº 4.859, de 08 de junho de 1903, posteriormente modificado pelo o Decreto nº 6.368, de 14 de fevereiro de 1907.

Conforme destaca CASTELLANO, o Decreto nº 4.279, de 05 de junho de 1921, tornou obrigatório, em todo o país, a atracação de navios e embarcações com passageiros e mercadorias nos portos "*providos de instalações modernas de cáes, molhes, obras congeneres, serviços de dragagem e outros necessarios ao trafego dos navios*" – gérmen do conceito de "porto organizado".

1.2.1 - Decreto nº 22.447, de 22 de junho de 1934

O Decreto nº 22.447, de 22 de junho de 1934 foi um dos principais veículos da unificação do regime jurídico portuário. Repousam nele, além de institutos fundamentais ao Direito Portuário – como ‘porto organizado’, ‘instalações portuárias’ e ‘administração do pôrto’ - definições de papéis e competências das diversas autoridades que exercem múnus nos portos (fazendária, marítima, fitossanitária etc.).

Não bastasse, neste singelo édito varguista já dormitavam possibilidades jurídicas de configuração institucional da indústria portuária que hoje despertam como se novidades

³⁰ BESERRA, Benjamin Gallotti, *Ensaio para um Compêndio Básico de Direito Portuário*, vol. I, Brasília: Gráfica Alpha, 2005, p. 47.

fossem: a figura da “concessão cheia” já era antevista. E não apenas na outorga legal às Docas (que não eram concessionárias, mas ‘dependência direta do Governo Federal, nos estritos termos do mencionado diploma), mas é de ressaltar que a delegação da exploração do porto e de todos os seus serviços aos concessionários ou arrendatários, mediante contrato, já se afigurava possível

Art. 2º São "portos organizados" os que tenham sido melhorados, ou aparelhados, atendendo-se às necessidades da navegação e da movimentação e guarda de mercadorias e cujo tráfego se realize sob a direção de uma "administração do porto", a quem caiba a execução dos "serviços portuários" e a conservação das "instalações portuárias".

Parágrafo único. A "administração do porto" pode ser :dependência direta do Govêrno Federal, ou de concessionário, ou arrendatário, a quem, por contrato, tenha sido delegada a execução daqueles serviços.

No art. 3º, são definidas o que seriam as “instalações portuárias” -- definição, agora jurídica, e não mais leiga – e sua vinculação à autoridade administrativa local: a ‘administração do porto’. No art. 4º, estipula-se a competência do Ministério de Viação e Obras Públicas para melhorar, aparelhar e explorar comercialmente os portos; como também , no §1º, confere-se a tal ministério o dever de “fiscalizar a execução dos serviços de exploração comercial do porto, zelando: a) para que esses serviços se realizem com regularidade, segurança e eficiência; b) para que as instalações portuárias sejam mantidas, sempre, em boas condições de conservação; c) para que se observe a mais estrita aplicação da tarifa portuária, em vigor, em cada pôrto.”.

Havia, desde logo, preocupação com a clareza e a segurança em relação à abrangência dos serviços portuários, bem como em relação à sua contraprestação pecuniária³¹. Além disso, a precedência da autoridade aduaneira, sempre consignada na legislação subsequente, também era já expressa no diploma:

“ Art. 9º O pessoal subordinado às administrações dos portos organizados, será de livre escolha dessas administrações, respeitado o disposto nos §§ 5º e 6º, do art. 6º, dêste decreto, quanto às equipagens das embarcações e aos estivadores.

³¹ Nesse sentido, veja-se o art. 12: “ Art. 12. Todos os serviços prestados á navegação e ao comércio nos portos organizados, pelas repartições públicas, que representam diversos Ministérios e cujas atribuições foram especificadas nos arts. 4º, 5º, 6º e 7º, dêste decreto, serão retribuídos pela aplicação de taxas aprovadas pelo Governo e que constarão de tabelas, que nas referidas repartições deverão estar ao alcance dos interessados, para consulta.”

Parágrafo único. Fica reservada às fiscalizações e às alfândegas ou mesas de rendas, a faculdade de exigir das administrações dos portos, a dispensa de qualquer empregado seu, que seja considerado prejudicial á ordem ou á segurança dos serviços portuários.”

Definem-se, assim, os primeiros traços jurídico-administrativos da regulação da exploração dos serviços internos ao porto como algo em si considerado, apartando-se da mera exploração dominial do bem

1.2.2 - Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934

Dentre todos os diplomas normativos voltados à regulação da exploração portuária, talvez seja o Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934 (DOU de 10 de julho de 1934) o mais fundamental no que respeita à disciplina dos serviços internos aos portos nacionais. Este Decreto buscou revogar a antiga sistemática que garantia liberdade em todos os porto para estabelecer o regime de exploração de suas atividades comerciais

A liberdade de fixação de serviços e valores pela Administração de cada porto gerava graves distorções quanto a responsabilidades e tarifas praticadas nos portos brasileiros. A falta de definições mínimas gerava uma série de inconvenientes à prática comercial e à própria competitividade de cada porto frente aos demandantes de seus serviços, o que apontava a premente necessidade de serem definidos os serviços prestados pelas administrações dos portos organizados, bem como de serem uniformizadas as taxas portuárias quanto à espécie, incidência e denominação³².

Esse diploma unificou o regime jurídico-portuário em praticamente toda a sua extensão, positivando uma ampla série de definições e conceitos fundamentais ao Direito Portuário, que passaram a vigorar em caráter nacional desde então: os conceitos de “porto organizado”, “administração do porto” e “instalações portuárias”, além de serviços e vantagens conferidos ao comércio e à navegação, como os de “estiva”³³, assim definidos:

³² É o que se colhe da exposição de motivos *Considerando a diversidade que se observa na especificação dos serviços, cuja prestação está a cargo das administrações dos portos nacionaes, organizados/ Considerando que não ha uniformidade na denominação das taxas e na respectiva especie e incidencia, nem quanto á entidade responsavel pelo seu pagamento;/Considerando a necessidade de bem definir os serviços a cargo das administrações dos portos organizados e as obrigações que a estas cabem quanto á realização dos alludidos serviços ; Considerando a conveniencia de facilitar ao commercio e á navegação, a previsão das despesas portuarias a que estão sujeitos, pela simplificação de seu calculo e determinação dos responsaveis pelo respectivo pagamento; Considerando que para isso é necessario dar uniformidade, em todos os portos organizados, ás taxas portuarias, quanto á respectiva especie, incidencia e denominação.* Disponível em:

³³ Inúmeras normas posteriores trataram, especificamente, dos serviços de estiva, dentre as quais se destacam o Decreto-Lei nº 1.371, de 23 de junho de 1939 e o Decreto-Lei nº 2.032, de 28 de fevereiro de 1940.

Art. 14. "Estiva das embarcações" e o serviço de movimentação das mercadorias a bordo, em descarga ou carregamento ou por conveniencia do responsavel pela embarcação, compreendendo a arrumação ou a retirada dessas mercadorias, no convés ou nos porões.

Interessa-nos, sobremaneira, o que se compreendia por capatazia:

Art. 8º "Capatazias" é o serviço de movimentação de mercadorias, realizado por pessoal da administração do porto, compreendendo :

I - Quando em relação á importação:

- a) a descarga para o caes, das mercadorias tomadas no convés das embarcações;
- b) o transpor dessas mercadorias até o armazenm ou local designado pela administração do porto, para seu deposito, inclusive o necessario empilhamento; abertura dos volumes e manipulação das mercadorias para a conferencia aduaneira,
- c) inclusive o reacondicionamento, no caso de mercadorias importadas do estrangeiro;
- d) o desempilhamento, transporte e entrega das mercadorias nas portas, ou portões dos armazens, alpendres, ou pateos onde tiverem sido depositadas, ou junto dos vagões em que tenham de ser carregadas, nas linhas do porto.

Nesse rol, fez-se constar, também, no art. 9º, as diversas modalidades de armazenagem, quais sejam: armazenagem interna; armazenagem externa, armazenagem em 'armazéns gerais' e armazenagens especiais, assim definidas:

“ Art. 9º ‘Armazenagem interna’ é a fiel guarda e conservação de mercadorias de importação do estrangeiro, ainda sujeitas ao desembaraço aduaneiro, em armazens, alpendres ou pateos alfandegados, ou de mercadorias nacionais ou nacionalizadas, importadas por cabotagem, em armazens, alpendres ou pateos não alfandegados, mas, que sejam destinados ao transito ou ao recebimento e prompta entrega dessas mercadorias.

§ 1º O serviço de armazenagem interna será executado de accôrdo com as disposições do decreto n. 24.324, de 1 de junho de 1934, e com as do capitulo XIII, do titulo VIII, da nova consolidação das leis das alfandegas e mesas de rendas.

§ 2º Nas installações, destinadas ás armazenagens especiaes, em que sejam recebidas mercadorias ainda sujeitas ao pagamento de direitos aduaneiros, a fiel guarda e conservação dessas mercadorias, até serem desembaraçadas pela alfandega, será considerada como armazenagem, interna.

Art. 10. "Armazenagem externa" é a fiel guarda e conservação de mercadorias nacionais ou nacionalizadas, de importação ou exportação, que a administração do porto receba em deposito, por conveniencia dos respectivos donos, em armazens não alfandegados.

Paragrapho unico. A armazenagem externa comprehende a movimentação das mercadorias no armazem, desde seu recebimento até á respectiva entrega.

Art. 11. "Armazenagem em armazens geraes" é a fiel guarda e conservação de mercadorias que a administração do porto receba em deposito, por conveniencia dos respectivos donos, sujeita aos direitos e obrigações definidos na lei numero 1.102, de 21 de novembro de 1903.

Art. 12. "Armazenagens especiaes" são a fiel guarda e conservação de mercadorias nacionaes, nacionalizadas ou estrangeiras, em armazens ou instalações especiaes, sujeitas a regime particular, quanto aos responsaveis por essa guarda e conservação, bem como, quanto ás taxas, á, realização da movimentação a beneficio das mercadorias e á fiscalização aduaneira.

Nesse aspecto, verifica-se que a armazenagem alfandegada de cargas já era exercida em pátios alfandegados, bem como o despacho aduaneiro para trânsito, conforme se depreende do art. 9º do aludido Decreto. A conjugação dos serviços de “armazenagem interna” e “armazenagens especiais” constituíam o gérmen do que viriam a ser, após aperfeiçoamentos logísticos e institucionais, os serviços prestados pelos recintos alfandegados independentes.

Em idêntico sentido, o Decreto nº 24.324, de 01 de junho de 1934, regulou o regime de taxação da armazenagem alfandegada de cargas. Esse decreto buscava, sobretudo, evitar a duplicidade de cobrança da armazenagem das cargas sujeitas a despacho aduaneiro. Para isso, conferia períodos de franquia, isto é, afastava a aplicação de qualquer taxa a título de armazenagem para: a) cargas retiradas até o oitavo dia do pagamento dos direitos aduaneiros (art. 2º, §2º) e b) cargas cujos direitos aduaneiros, devidamente pagos, não fossem retiradas por falta exclusiva do serviço (art. 2º, §3º e art. 3º, *caput*).

O art. 4º concedia, ainda, **isenção completa** de taxas de armazenagem às cargas despachadas sobre água ou diretamente e que tivessem de transitar pelos cais, pontes, armazéns ou depósitos alfandegados até às 16 horas o sexto dia em que ocorrera o início da descarga, desde que retiradas no transcorrer desse período – o qual, se excedido por ação ou omissão do recebedor, autorizada a imposição de cobrança de armazenagem, nos termos do art. 2º do Decreto.

Já se percebia, desde então, a cisão entre serviços de armazenagem e de operação portuária e, fundamentalmente, o tratamento mais célere exigido no manejo de cargas sob controle aduaneiro que não tivessem de permanecer armazenadas nas dependências dos portos a fim de que essas cargas não onerassem indefinida e injustificadamente o espaço físico das áreas e instalações portuárias.

Corroborar tal entendimento, de forma exauriente, o Decreto-Lei nº 8.439, de 24 de dezembro de 1945³⁴, que disciplinava, de modo exaustivo, os serviços de armazenagem nos portos organizados, estabelecendo os períodos de franquia, nos quais havia isenção

³⁴ Aconselha-se, fortemente, a leitura, visto que tal decreto já instituía diversos períodos de isenção às cargas sob cuidados aduaneiros. Disponível aqui: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-8439-24-dezembro-1945-458479-publicacaooriginal-1-pe.html> - Acesso em 20/03/2012

completa de qualquer valor a título de armazenagem, como também disciplinando as responsabilidades patrimoniais em caso de descumprimento de tais períodos.

Há que se mencionar que já era preocupação central das normas reguladoras da atividade portuária nacional assentava-se na uniformidade da política tarifária, à qual se buscou conferir caráter público e conteúdo inteligível. Nesse sentido, os artigos 21, 22, 23 e 25 do Decreto nº 24.508/34 foram exaustivos em determinar que as administrações dos portos organizassem todas as informações em tabelas nominais e específicas a cada tipo de vantagem ou serviço, facilitando aos interessados o acesso e a consulta.

1.2.3 - DECRETO Nº. 24.511/1934

O Decreto nº 24.511, também datado de 29 de junho de 1934 (e publicado em 10 de julho do mesmo ano) determina que os serviços de capatazia e armazenagem interna constituir-se-iam como privilégios das administrações dos portos, isto é, seriam explorados comercialmente por essas pessoas de modo que as rendas extraídas da prestação de tais serviços constituiriam receitas próprias:

“Art. 11. A guarda e conservação de mercadorias sujeitas ao pagamento de direitos aduaneiros, só podem ter lugar nos armazens, alpendres e pateos, alfandegados, que fazem parte das instalações portuárias.

Art. 12. Os serviços portuarios de capatazias e de armazenagem interna, bem como os de transporte de mercadorias de um ponto qualquer das instalações portuárias para outro qualquer ponto dessas instalações ou nas vias ferreas do porto, constituem privilegio das administrações dos portos.

Paragrapho unico. Todos os demais serviços portuarios e accessorios de que as administrações dos portos se podem incumbir, poderão ser realizados, tambem, por terceiros, com seu proprio pessoal e aparelhamento.

Art. 13. Cabe ás administrações dos portos realizar, com presteza, segurança e exactidão, não só os serviços que constituem privilegio seu, como qualquer outro de que se incumbir, sejam portuarios ou accessorios.

Paragrapho unico. A retribuição dos serviços que executarem deve ser cobrada pelas administrações dos portos, mediante a exacta applicação das tarifas approvadas pelo governo, cuja consulta deve ser facilitada aos interessados.

Art. 14. Cabe á alfandega ou mesa de rendas e á administração do porto, diligenciar para que sejam attendidas as requisições que lhes forem dirigidas para a realização de serviços portuarios fóra das horas ordinarias de trabalho e nos domingos e dias feriados.

Ademais, é de se notar que o disposto no parágrafo único do art. 12 já aludia à incumbência de as administrações dos portos prestarem todos os serviços internos aos portos, e não apenas aqueles que seriam *privilégios* seus por atribuição legal. Malgrado essa determinação conferisse possibilidade de prestação integral de serviços pelas Administrações dos Portos e tornasse desnecessária qualquer distinção essencial entre os serviços, todos ‘portuários’ em sentido amplo, é de se verificar que a própria norma já distinguia entre o que seriam os serviços propriamente ‘portuários’ e, de outra banda, aqueles que seriam ‘acessórios’, o que reforça o entendimento de que todos aqueles serviços especial e expressamente tratados como ‘portuários’ – e, por óbvio, suas etapas e parcelas constitutivas – não poderiam se confundir com aqueles outros, tidos por ‘acessórios’.

Cabe notar, igualmente, alguns atributos que passaram a guiar a prestação dos serviços inerentes à exploração do porto: “presteza, segurança, exatidão” (art. 13), ao lado de “tratamento sem preferência, orientado pelo objetivo de conseguir das referidas instalações a máxima eficiência” (art. 1º, § 1º), razão pela qual se notam, pelo caráter funcional (isto é, altruístico, não egoístico, voltado a satisfação das necessidades do comércio e da navegação) que se atribui a tais serviços, índices normativos que conduziriam, mais modernamente, sua qualificação como *serviços públicos*³⁵.

Durante quase 60 anos esse diploma regulamentou a exploração das atividades portuárias. A construção dogmática da prestação de alguns dos serviços portuários prestados em regime público -- e, mais especificamente, de serviço público -- só veio a ocorrer, efetivamente, com o surgimento da Constituição de 1988 e a edição da Lei nº 8.630/93, conhecida como “Lei de Modernização dos Portos”.

³⁵ Segundo CASTELLANO: (...) “em outros casos de uso de bens públicos por particulares também vigoravam sistemáticas semelhantes e que não provinham do “serviço público” à francesa, e sim do direito norte-americano das utilidades públicas (“*public utilities*”). Exemplo disso é o Código de Águas (que data do mesmo ano de 1934), que, ao regular o uso de potenciais hidráulicos para fins de produção de energia, introduziu no Brasil o conceito de “serviço adequado” (literalmente copiado do direito norte-americano). Assim, o art. 179 do Código de Águas dispunha que o princípio do serviço adequado envolvia: “a) *qualidade e quantidade do serviço*”; “b) *extensões*”; “c) *melhoramento e renovação das instalações*”; “d) *processos mais econômicos de operação*”.

1.3 - A DISCIPLINA DOS PORTOS SOB CONSTITUIÇÃO DE 1988

A definição das balizas normativas atinentes à disciplina do “domínio portuário” exige a identificação, no texto constitucional, dos contornos fundamentais emprestados (i) aos bens sobre os quais se assentam e de que se constituem os portos, bem como (ii) às atividades que caracterizam, dentre as várias passíveis de exploração em seu âmbito, aquelas indissociáveis e nucleares a tais empreendimentos.

A disciplina jurídica do art. 20 da Constituição³⁶ indica que as praias marítimas, determinadas praias fluviais e ilhas oceânicas, os terrenos de marinha e seus acrescidos, bem como o mar territorial, fazem parte do acervo patrimonial da União.

A Constituição foi bem mais além, não se restringindo à disciplina dos bens e formações do domínio público sobre os quais se estruturam, usualmente, as áreas e instalações portuárias. A disciplina do art. 21, XI, “f” da CF/88³⁷ determina que, independentemente de assentar-se em formação natural ou artificial, em terreno e massa de água pertencentes ou não ao domínio federal, em todo caso, será competência da União “explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres”. Trata-se, portanto, de um regime de propriedade destacada³⁸, distinta da propriedade do solo ou dos recursos hídricos em que se banha.

É de se ver, portanto, que a vigente ordem constitucional conferiu um tratamento especial a essa *universalidade de fato* a que se denomina “porto”. A princípio, portanto, “explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres” trata-se de competência material econômica atribuída ao ente estatal da esfera federal (a União), de modo que qualquer atuação de terceiros -- quais sejam, os sujeitos privados (“particulares”) e os órgãos e entes estatais de outras esferas federativas (“públicos”) – ocorrerá apenas por via derivada, mediante prévia e motivada manifestação de vontade translativa do exercício de tal competência, a ser executada

³⁶ Art. 20. São bens da União: (...) III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os **terrenos marginais e as praias fluviais**; IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; **as praias marítimas**; as ilhas oceânicas e as costeiras,

³⁷ Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

³⁸ Os recursos minerais e os potenciais hidráulicos também apresentam, na disciplina constitucional, tratamento individualizado, isto é, não acessório à propriedade do solo.

por meio de contrato de concessão ou permissão - ou, ainda, por ato de autorização com conteúdo de delegação³⁹.

Além de uma “reserva de mercado” em prol da União, em desvio da atribuição de tarefas econômicas à livre atuação dos privados, tal dispositivo encerra em si não mera possibilidade de atuação econômica (“*facultas agendi*”), mas um amplo dever de ação: compete à União *explorar* os portos, e não apenas *permitir sua exploração*. Uma interpretação gramatical ainda apontaria, não sem razão, que todas as atividades econômicas circunscritas ao “porto”, seriam, porque acessórias dele, porque nele imbricadas, igualmente competências materiais do Estado – ainda que, nesse caso, necessário se fizesse divisar, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (e seus subprincípios), aquelas que poderiam receber um grau mais ou menos intenso de regulação, isto é, de limitação à exploração em regime de direito privado.

Assim sendo, desde os serviços prestados à navegação, às cargas, aos passageiros, bem como as instalações e áreas do porto, e até mesmo àqueles serviços comuns do comércio que sejam prestados em um porto – como a lanchonete ou o estacionamento de veículos - sofrerão a incidência, mais ou menos contundente, de normas de direito público.

A exploração dos portos, portanto, é, atualmente, juridicamente definida como competência pública federal. No entanto, tal conclusão ainda não é suficiente para que se possa afirmar, de modo peremptório, qual deve ser o regime jurídico aplicável a todas e a cada uma das atividades econômicas no domínio portuário. Mais propriamente: não é possível afirmar que todo e qualquer serviço deva ser considerado serviço público e, por isso, tenha de responder a um regime publicístico no que diz respeito a tarifação, à política de serviço adequado e aos direitos dos usuários, oponíveis contra o prestador e, em suma, contra o Estado.

A própria complexidade ínsita à noção de porto, enquanto conjunto complexo de relações jurídicas e econômicas de exploração de bens e atividades, não permite definir, apenas pela redação do texto constitucional, de modo abstrato e genérico as atividades que constituem – ou não – serviços públicos, mesmo porque a conformação concreta de tais atividades enquanto serviços públicos, segundo compreendida tal categoria pela dogmática

³⁹ Sobre as diferentes acepções de autorização e a possibilidade de se efetivar delegação por meio desse instituto jurídico, conferir LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Constituição, Energia e Setor Elétrico p. 109 e seguintes

jusadministrativista, vai depender das condições sociais e econômicas em consideração às quais o Poder Legislativo definirá balizas para atuação da Administração Pública na conformação concreta dessas atividades, cujos arranjos, inclusive, podem preferir a assimetria regulatória a um regime único e indiferenciado, a exemplo do que já ocorre, de modo tranqüilo, em outras searas de infraestrutura.

Nesse sentido, é de se ver que a disciplina constitucional conferida a outros setores de atividade econômica⁴⁰ forneceu subsídios mais contundentes ao intérprete-aplicador na elaboração de seu juízo acerca da concreta configuração da exploração dessas atividades e, conseqüentemente, dos limites da discricionariedade estatal na definição de círculos compreensivos de liberdade à ação econômica privada, de um lado, e do dever de ação pública, de outro. Quanto aos portos, no entanto, a disciplina constitucional foi mais genérica, afirmando, em suma, como competência pública a exploração desses empreendimentos, ainda que de forma indireta.

Conquanto em relação à disciplina da *indústria portuária* a Constituição Federal não tenha se valido de idêntica plethora de indícios textuais⁴¹ para fornecer, expressamente, elementos distintivos acerca de quais ‘serviços e instalações’ portuárias cuja exploração consubstanciaria competência material do Estado (e, mais especificamente, da União), entendemos que subjazem já no próprio comando ‘explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres’ rudimentos de uma disciplina jurídica aptos a fornecer tais critérios tanto ao intérprete-aplicador quer no exercício da atividade normativa quer no exercício da função administrativa.

A afirmação peremptória de que “compete à União explorar os portos marítimos, lacustres e fluviais” já permite verificar que restou estabelecida uma importante indicação normativa de quão presente será o Estado nesse ramo essencial e decisivo da atividade econômica.

⁴⁰ Em especial da indústria elétrica – foi mais explícita em indicar as bases empíricas de sua incidência de sua disciplina normativa, apontando -- não apenas no art. 21, mas noutros dispositivos do Texto Magno - diferentes bens (fontes⁴⁰), além de assinalar que certas tarefas seriam competências públicas (“serviços e instalações” e “aproveitamento energético”) e da indústria do petróleo, visto que as atividades apartadas da exploração privada pelo Constituinte foram explicitada, em rol, no art. 177, CF/88.

⁴¹ Oferecendo uma proposta de leitura do texto constitucional que permite alin, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro utiliza como critérios para identificação de uma política energética constitucional

A partir dessa análise que circunstancial, precipuamente, o conjunto central dos bens e das atividades ‘essencialmente’ compreendidos (pela tradição) e positivamente definidos (pela vontade do legislador constituinte), será possível definir e, conseqüentemente, apartar os âmbitos (a.) de atuação obrigatória do Estado na exploração do domínio portuário e (b.) de atuação facultada aos – e até preferencialmente exercitável pelos – particulares.

De um lado, é preciso reconhecer que, conquanto sempre se aponte na normatização constitucional seu caráter inovador e inaugurador da ordem jurídica, tal disciplina se aplica a um quadro fático e institucional que lhe antecede e, como tal, condiciona tanto a gênese de conteúdo quanto a compreensão por seus destinatários. Nesse sentido, por mais serviços novos que venham a ser prestados no âmbito dos portos, a transferência de modais de transporte para mercadorias e pessoas será, indiscutivelmente, sua vocação fundamental e denominador mínimo.

É dizer: pode haver uma série de serviços que agreguem valor às atividades relacionadas a cargas e passageiros, mas, inexoravelmente, a função de permitir o fluxo entre diferentes modais de transporte, viabilizando entrada e saída de cargas e pessoas, é a vocação indiscutível de quem quer que explore os portos, de forma que, independentemente da conformação mais ou menos avessa a aplicações de direito privado, a razão de ser dos portos deve ser preservada: viabilizar que cargas e pessoas transitem e cheguem à sua destinação.

Embora nem toda atividade econômica imputada ao Estado (competência pública) receba a disciplina e o regime de “serviço público”, a circunstância de se estar em face de uma tarefa estatal por si só, porém, é geradora de algumas básicas consequências normativas. Não se deveria falar, propriamente, em “regime”, para não dar a ideia de que se cuida de um sistema bem ordenado e completo de princípios e regras incidentes, *en bloc*. Em verdade, são preceitos normativos que se limitam a definir o conceito de competência pública, mas que deixam grande margem de conformação para o legislador ordinário construir o regime jurídico da indústria ou das indústrias (respeitando as peculiaridades de cada qual). Como diretrizes que pautam a imputação de competências ao Poder Público, a doutrina costuma elencar as seguintes:

“A competência pode ser conceituada como o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para satisfação de interesses públicos. (...) As competências são:

- a.) de exercício obrigatório para os órgãos e agentes públicos. Vale dizer: exercitá-las não é questão entregue à livre decisão de quem as titularize. (...)
- b.) irrenunciáveis, significando isso que seu titular não pode abrir mão delas enquanto as titularizar;
- c.) intransferíveis, vale dizer, não poder ser objeto de transação, de tal sorte que descaberia repassá-las a outrem, cabendo tão-somente, nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício, sem que o delegante, portanto, perca, com isso, a possibilidade de retomar-lhes exercício, retirando-o do delegado;
- d.) imodificáveis pela vontade do próprio titular, a quem não é dado dilatá-las nem restringi-las, pois sua compostura é a que decorre da lei (...) ⁴²,
- e.) imprescritíveis, isto é, incorrendo hipóteses de sua utilização, não importa por quanto tempo, nem por isso deixarão de continuar existindo.” ⁴³

Nesse contexto, a exploração de alguns serviços e instalações portuários é feita segundo disciplina pública rígida, quanto à descrição dos objetos, quantidades e valores (preços ou tarifas). No entanto, os contornos jurídicos de tais serviços, sua interpretação e aplicação tornam-se, por vezes, complexos e passíveis de razoável dissenso, inclusive entre as autoridades reguladoras devido às assimetrias de informação e aos comportamentos estratégicos (não raramente oportunistas), além da própria ausência de parâmetros regulatórios claros na transição dos modelos de exploração estatal para uma conformação competitiva.

1.3.1 - LEI 8.630, DE 17 DE FEVEREIRO DE 1993

Conquanto a Lei de Modernização dos Portos tenha revogado expressamente os decretos anteriormente, manteve intacto o núcleo conceitual das definições e institutos por eles trazidos, as quais já haviam se consolidado na vida institucional dos portos brasileiros.

Dessarte, embora os papéis institucionais dos sujeitos envolvidos no mercado de serviços portuários tenham sofrido alterações de disciplina normativa e as operações tenham recebido influxos da evolução tecnológica, a abrangência material dos serviços juridicamente definidos para a exploração econômica de áreas e instalações portuárias não sofreu grandes alterações em sua essência.

Nesse sentido posiciona-se a fundamentada manifestação do Diretor da Agência Nacional de Transportes Aquaviários Dr. Murillo de Moraes Rego Corrêa Barbosa,

⁴² Neste caso, da Constituição.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo., p.141-142

em minucioso relatório apresentado no Processo Administrativo nº 50300.000159/2002, em curso na ANTAQ, aduz que:

“A atividade portuária comercial no Brasil, iniciada em 1668, só foi regulamentada a partir de 1934, por intermédio de uma série de Decretos que definiam, dentre outros aspectos, os tipos de serviços portuários que poderiam ser oferecidos em portos públicos, dentre os quais os considerados como de ‘Capatazias’, definido, nos termos do art. 8º do Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934, como serviço de movimentação de mercadorias, realizado por pessoal da administração do porto, compreendendo, nas operações de importação, toda a movimentação das cargas entre o costado do navio e o portão do terminal portuário, incluindo a entrega das cargas ao destinatário final.

Com base nesse conceito, ao longo de 60 anos, os donos das cargas oriundas das operações de importação e exportação estabeleceram relações comerciais diretas com as Administrações Portuárias quanto ao pagamento de taxas ou tarifas relativas aos serviços considerados como de Capatazia. Nas operações de importação, especialmente, todos os serviços de movimentação das cargas a partir do costado do navio até sua entrega ao importador no ‘portão do terminal’ eram cobertos pela referida tarifa.

Com o advento da Lei nº 8.630/93, a qual estabeleceu, dentre outras evoluções, a concessão da exploração de atividades portuárias ao setor privado, houve uma mudança significativa na configuração do mercado e nos critérios de remuneração dos serviços portuários. Deve-se registrar, no entanto, que a lei não trouxe qualquer alteração ao conceito original de ‘Capatazia’ ao tratar da prestação de serviços por trabalhadores portuários, visto que o art. 57, §3º, inciso I da lei mantém inalterada a sua abrangência; ou seja, a movimentação de mercadorias nas instalações de uso público, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário.

Com base nas definições legais e nos posicionamentos apresentados à ANTAQ pelos diversos atores atuantes no mercado de transporte marítimo, consubstanciados na Nota Informativa nº 06/2003, considera-se que, conceitualmente, a THC é equivalente e substituiu a antiga taxa de Capatazia, visto que remunera os mesmos serviços definidos e preservados nas legislações de 1934 e 1993, respectivamente, os quais compreendem, na importação, os necessários para o recebimento da carga no costado do navio, a sua movimentação horizontal no terminal portuário, e, principalmente, a sua entrega ao importador, consignatário ou recinto alfandegado, quando for o caso”.⁴⁴

A Lei de Modernização Portuária significou o rompimento com a antiga legislação portuária, criada na década de 1930 e que implicava forte intervenção estatal na exploração portuária, extinguindo o modelo monopolista estatal da exploração dos serviços portuários⁴⁵.

O modelo estatal anterior atingira seu ápice com a criação, por meio da lei nº 6.222, de 10 de julho de 1975, da Empresa Brasileira de Portos do Brasil S.A.

⁴⁴ Verificado e transcrito *in loco*.

⁴⁵ Embora revogados pela lei nº 8.630/1993, os decretos da década de 1930 que norteavam a atividade portuária ainda possuem valor ao, pela primeira vez, definir uma série de conceitos ainda presentes na legislação portuária, unificando o regime jurídico-portuário em praticamente toda a extensão nacional. É assim, por exemplo, com a definição de “Portos Organizados”, “Administração do Porto” e “Instalações Portuárias”, presentes no Decreto nº 24.447, de 22 de junho de 1934, e os serviços prestados pelas Administrações Portuárias, presentes no Decreto nº 24.508, de 24 de junho de 1934.

(PORTOBRAS), empresa pública que coordenaria os investimentos, administração, regulação e operação de todo o sistema. Dessa forma, com a encampação dos diversos portos concedidos e a vinculação das diversas companhias de docas, a exploração dos portos brasileiros foi realizada diretamente pela União até a extinção do modelo com a lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990.

Como consequência da extinção da PORTOBRAS em 1990 e vazio normativo sobre a forma de exploração dos portos públicos, até a entrada em vigor da Lei de Modernização Portuária, em 1993, tal exploração ficou a cargo das companhias de docas, anteriormente vinculadas à PORTOBRAS, experimentando-se um retorno à atividade descentralizada.

A promulgação da Lei de Modernização Portuária, com o fim de prosseguir na descentralização da exploração portuária e com o intento de atrair investimentos privados na expansão e modernização dos portos, institui o modelo *Landlord* (Porto Proprietário) de gestão portuária. Essa forma de gestão portuária prega pela progressiva transferência das atividades econômicas da área portuária da autoridade pública para empresas privadas. Conforme exposto no voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo 08012.007443/1999-17, no modelo *Landlord*:

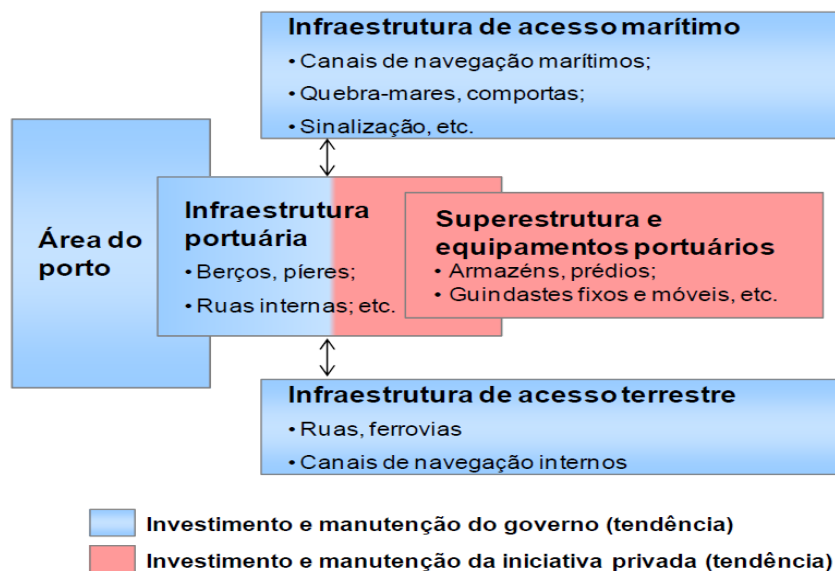
A autoridade portuária é proprietária da área do porto e da sua infraestrutura. Entretanto, terrenos e instalações na área do porto, assim como a infraestrutura portuária, são arrendados para operadores privados. Esses arrendatários são responsáveis por implantar e desenvolver os equipamentos portuários [...]. Os operadores portuários são responsáveis pela gestão de seus negócios, inclusive contratando a mão de obra que opera nas docas ou em atividades administrativas, pela segurança de suas instalações e pelo desenvolvimento de outras atividades relacionadas ao seu negócio.

No modelo pré-1993, a autoridade portuária pública era responsável pela administração, exploração e investimentos na infraestrutura de acesso terrestre (ruas, ferrovias e canais de navegação interno, por exemplo), infraestrutura de acesso marítimo (canais de navegação marítima, quebra-mares, etc.), infraestrutura portuária (berços e píeres) e superestrutura e equipamentos portuários (armazéns, prédios, guindastes e demais aparelhos). Era responsável, portanto, por toda a estrutura e operação do porto.

Já no modelo instituído pela Lei de Modernização Portuária, as antigas companhias docas não mais atuam como operadoras das atividades do porto, mas tão somente como Autoridade Portuária. Assim, o poder público é responsável apenas pela infraestrutura de acesso terrestre e acesso marítimo, cabendo à iniciativa privada, nos portos concedidos e

terminais arrendados, os investimentos em infraestrutura portuária e superestrutura e equipamentos portuários, conforme figura abaixo⁴⁶:

Figura 1 - Quadro de responsabilidades em investimentos no modelo *Landlord*




Resta clara, portanto, a intenção da Reforma Portuária de 1993 de diminuir a interferência governamental nas atividades desenvolvidas no porto. Com o estabelecimento do modelo *Landlord* de gestão portuária, ficam separadas: (i) as atividades em que o governo estabelece regras e realiza as atividades; (ii) as atividades em que o setor privado é regulado em todos os aspectos; (iii) as atividades em que o setor privado é regulado apenas nos aspectos em que houver necessidade; e (iv) as atividades em que a interferência governamental dá-se apenas por meio da defesa da concorrência, conforme figura abaixo⁴⁷:

⁴⁶ GOLDBERG, David Joshua Krepel. **Regulação do setor portuário no Brasil**. São Paulo, 2009. p. 40.

⁴⁷ GOLDBERG. Op. cit. p. 41

Figura 2 - Relação de atividades e interferência governamental no modelo *Landlord*

| Atividades | Atividades geralmente desenvolvidas no <i>landlord port</i> | Interferência governamental |
|---|---|---|
| Característica de bem público | <ul style="list-style-type: none"> • Provimento e manutenção de infraestrutura portuária e de acesso marítimo e terrestre; • Ruas internas, iluminação, energia, segurança; • Controle de cargas e passageiros: alfândega, vigilância sanitária, imigração; • Sistemas de informação e comunicação; • Operação portuária com pouca demanda no longo-prazo; • Praticagem e reboque com pouca demanda no médio a longo-prazo; etc.; |  <p>TOTAL. O governo estabelece as regras e realiza as atividades</p> |
| Característica de bem privado e restrição de acesso ao mercado, com forte regulação | <ul style="list-style-type: none"> • Operação portuária, exceto em locais com pouca demanda no longo prazo, incluindo estiva, capatazia, pesagem, estadia livre, etc.; • Praticagem, em geral; etc. |  <p>ALTA. O setor privado é regulado em todos os aspectos</p> |
| Característica de bem privado e acesso livre ao mercado, com fraca regulação | <ul style="list-style-type: none"> • Reboque, em geral; • Amarração e desamarração, em geral; • Recolhimento e tratamento de resíduos sólidos e efluentes de navios; • Agenciamento marítimo; • Abastecimento de navios; etc.; |  <p>MÉDIA. O setor privado é regulado onde há fortes externalidades (segurança, etc.) e na defesa da concorrência</p> |
| Acessórias, sem regulação | <ul style="list-style-type: none"> • Reparo de embarcações; • Suprimento de navios (água, alimentos, lubrificantes, produtos diversos); • Estufagem de contêineres; etc.; |  <p>BAIXA. Apenas mecanismos básicos de defesa da concorrência</p> |

Outra novidade proveniente da Lei de Modernização de Portos é a criação do Conselho de Autoridade Portuária (CAP), “conselhos deliberativos criados para regulamentar a exploração do porto, promovê-lo, aprovar tarifas, entre outros, em nível local”⁴⁸. É composto por representantes de diversos atores do setor, como governo, operadores e trabalhadores portuários e usuários do porto.

O desenho regulatório do setor portuário é novamente alterado em 2001, com a promulgação da lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que, entre outros, cria a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. Tal agência, como será visto mais a frente, atua normatizando e fiscalizando agentes públicos e privados em nível federal.

Cabe à ANTAQ implementar as políticas formuladas pelo Ministério dos Transportes e, posteriormente a sua criação em 2007, pela Secretaria Especial de Portos, regulando, supervisionando e fiscalizando as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária exercidas por terceiros.

⁴⁸ GOLDBERG. Op. cit. p. 74.

Tais atividades tem o objetivo de garantir a movimentação de pessoas e bens com eficiência, segurança, regularidade e modicidade nos fretes e tarifas, harmonizar os interesses dos usuários e operadores preservando o interesse público e arbitrar conflitos entre prestadores de serviços e entre estes e os usuários, preservando a ordem econômica.

Com este novo desenho regulatório, fica a ANTAQ responsável por, entre outros, propor normas e padrões para disciplinar a exploração da infraestrutura portuária, aprovar revisão e reajuste das tarifas portuárias e fiscalizar as administrações portuárias. Fica a regulação local efetuada pelas companhias docas, portanto, vinculadas a regulação geral de competência da ANTAQ, a quem cabe a fiscalização do cumprimento de tais normas.

A Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), criada em 2007 por meio da lei nº 11.518, tem como função a formulação de políticas e diretrizes para o fomento do setor, além da execução de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura portuária, além da participação no planejamento estratégico e a aprovação dos planos de outorgas. Ressalte-se que a Secretaria de Portos possui papel predominante de promotor de políticas portuárias, permanecendo a regulação do setor à ANTAQ.

Tal desenho institucional permanece estante até a edição da já referida Medida Provisória nº 595, que, entre várias outras mudanças, realoca competências entre a SEP/PR e a ANTAQ, principalmente no que concerne à competência de realizar concessões e arrendamentos, e extingue o caráter deliberativo dos Conselhos de Autoridade Portuária, passando tais órgãos a ter caráter consultivo.

1.3.2 - Lei 12.815, de 05 de junho de 2013

Na esteira da vetusta tradição jurídica dominial do bem público porto, o novíssimo diploma, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 595/2012, mais uma vez mais afasta a imediata aplicação do regime de serviço público à exploração portuária como um todo, abrindo amplo espaço à conformação infraconstitucional dos diferentes arranjos possíveis de exploração das atividades portuárias, com maior ou menor incidência de normas jurídicas de direito privado, quais sejam: a) concessão integral do porto; b) delegação;

c) arrendamento; d) autorização e o regime de e) operação portuária. O objetivo de aumentar a competitividade foi consagrado textualmente (art. 3º, caput e V; art. 15)

Indiscutível indício jurídico são as alterações feitas nas competências da ANTAQ, com a nova redação dada a dispositivos da Lei nº 10.233/2011: o novo art. 27, I, fala em “atividades portuárias”, e não mais em “serviços portuários”, o que é, do ponto de vista jurídico, assaz relevante, visto que amplia, claramente, a competência da Agência.

Novamente, o gradiente público da normatização faz-se presente não apenas na disciplina das tarifas (preços públicos), mas também arroga para si a possibilidade de balizar preços privados, de modo que, ainda naquelas relações jurídicas de direito privado, haverá ingerência da regulação pública: não por tais atividades serem, em si mesmas, serviços públicos, mas porque a exploração dos serviços e infraestruturas portuárias, retirados do seio da livre iniciativa pelo próprio constituinte originário, terão exploração privada na medida em que o concedente - titular da competência e regulador - assim determinar.

Impossível descrever e debater, nessa sede, todas as implicações e questionamentos regulatórios e concorrenciais trazidos pelo novo diploma. No que respeita ao presente trabalho, as conclusões e análises feitas com base na legislação vigente no período relevante da análise não são contrariadas – senão reforçadas - pela novel legislação (tanto portuária quando, no que respeita à concorrência).

1.4 - AGENTES DO SETOR PORTUÁRIO RELEVANTES À QUESTÃO

Dado o modelo *Landlord* de gestão portuária acima exposto, podem-se dividir os agentes do setor portuário em públicos e privados. Os agentes públicos relevantes a presente questão são as companhias de docas (Administração do Porto ou Autoridade Portuária), os Conselhos de Autoridade Portuária (órgãos deliberativos e revisores dos atos da Administração do Porto) e a ANTAQ (agência reguladora competente para a fiscalização da Administração do Porto). Por sua vez, os agentes privados do setor portuário relevantes à questão são os importadores e exportadores, os Armadores, os operadores portuários e os recintos alfandegados

1.4.1 - ADMINISTRAÇÃO DO PORTO

A Administração do Porto, tida como Autoridade Portuária, tem funções relacionadas à manutenção das condições operacionais do porto organizado⁴⁹ e à coordenação dos diversos agentes públicos e privados que convivem naquele ambiente⁵⁰. Também possui funções de planejamento, fiscalização e regulamentação do Porto Organizado.

De modo geral, as Autoridades Portuárias, concessionárias de serviço público, são as antigas companhias de docas, empresas de economia mista já presentes no setor portuário anteriormente ao sistema centralizador da PORTOBRAS.

Vale repisar que, em curtíssimo espaço de tempo, as companhias docas foram:

- a) empresas que administravam e exploravam o porto vinculadas a uma empresa holding centralizada – a PORTOBRAS – no período de 1975 a 1990;
- b) empresas que administravam e exploravam, de forma descentralizada, o porto no período entre 1990 e 1993;
- c) empresas que apenas administravam o porto, com poder de regulação derivado de lei, cabendo sua exploração a agentes privados, no período entre 1993 e 2001; e
- d) empresas que apenas administram o porto, com poder de regulação derivado de lei e de regulação geral proferida pela ANTAQ, a partir de 2002.

Assim, interessante notar que no intervalo de menos de 10 anos a companhias de docas passaram de agentes públicos exploradores das atividades do porto, interagindo em relações econômicas com Armadores e recintos alfandegados, por exemplo, a Autoridades Portuárias concessionárias de toda infraestrutura da área do porto organizado, responsáveis por arrendar os terminais portuários, regular localmente e fiscalizar as atividades dos Operadores Portuários, que exercem as atividades antes desenvolvidas pelas próprias companhias de docas.

⁴⁹ Lei nº 8630/1993, revogada pela MP 595/2012, definia, em seu artigo 1º, §1º, I, Porto Organizado como “o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária”.

⁵⁰ Assim, cabe primeiramente à Administração do Porto a coordenação entre os diferentes agentes privados, como operador portuária, terminal retroalfandegado e Armador, e agentes públicos, como agentes de guarda portuária, da Receita Federal e da Vigilância Sanitária.

Competia à Administração do Porto Organizado, conforme a Lei de Modernização Portuária⁵¹, entre outros:

- Cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos do serviço e as cláusulas do contrato de concessão⁵²;
- Pré-qualificar os operadores portuários⁵³;
- Fixar os valores e arrecadar a tarifa portuária⁵⁴;
- Fiscalizar as operações portuárias, zelando para que os serviços se realizem com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente⁵⁵;
- Desincumbir-se dos trabalhos e exercer outras atribuições que lhes forem cometidas pelo Conselho de Autoridade Portuária⁵⁶.

A essas competências, foram adicionadas as seguintes, por meio da Resolução nº 55 da ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002:

- Aplicar as penalidades contratuais⁵⁷;
- Coibir práticas lesivas à livre concorrência na prestação dos serviços⁵⁸;
- Arbitrar, em âmbito administrativo, mediante solicitação de qualquer das partes, o preço dos serviços que não estiverem descritos na relação a que se refere o inciso XV do art. 29 [ou seja, aqueles regularmente oferecidos, mesmo que não previstos em contrato] e que não puderem ser prestados aos usuários por terceiros, quando não for alcançado acordo entre as partes⁵⁹.

A resolução acima vigorou até 4 de outubro de 2011, quando foi revogada pela Resolução nº 2.240 da ANTAQ, que manteve a competência de coibir práticas lesivas à livre concorrência na prestação dos serviços, mas retirou a competência para arbitrar preços de terceiros. Deve ser pontuado que, em nenhuma das normas regulatórias, esteve disposta como competência da Autoridade Portuária a criação de novas tarifas portuárias⁶⁰ ou ainda a fixação, independentemente de arbitramento precedido de tentativa de acordo entre as partes, de preços prestados por arrendatário que não estivesse contido no contrato de arrendamento.

⁵¹ Dado o período relevante das condutas analisadas no presente trabalho, a análise quanto a competência de cada órgão será feita tomando-se em consideração a lei nº 8.630/93, vigente durante o período relevante para as condutas, conforme já ressaltado.

⁵² Lei nº 8.630, artigo 33, §1º, I.

⁵³ Lei nº 8.630, artigo 33, §1º, III.

⁵⁴ Lei nº 8.630, artigo 33, §1º, IV.

⁵⁵ Lei nº 8.630, artigo 33, §1º, VIII.

⁵⁶ Lei nº 8.630, artigo 33, §1º, XIV.

⁵⁷ Resolução nº 55 da ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002, artigo 44, I.

⁵⁸ Resolução nº 55 da ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002, artigo 44, VIII.

⁵⁹ Resolução nº 55 da ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002, artigo 44, X. (redação dada pela Resolução nº 126-ANTAQ, de 2003).

⁶⁰ Saliente-se que, segundo a Resolução nº 2.240, de 4 de outubro de 2011, Tarifa Portuária são “os valores devidos pelo usuário à Administração do Porto relativos à utilização das instalações portuárias ou da infraestrutura portuária ou à prestação de serviços de sua competência na área do Porto Organizado” (art. 2º, VI). Diferentemente dos preços, que, segundo Resolução nº 55 da ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002, eram “aqueles [valores] cobrados pela arrendatária em função de serviços prestados aos usuários nas áreas e instalações portuárias” (art. 2º, VIII).

1.4.2 - CONSELHO DE AUTORIDADE PORTUÁRIA

Os Conselhos de Autoridade Portuária (CAP) eram, no sistema da lei nº 8.630/1993, órgão colegiados deliberativos aos quais as Administrações Portuárias deveriam se submeter. Sua importância para o setor seria a de descentralizar e desburocratizar decisões de cunho local e a de trazer os diversos agentes da atividade portuária para a administração do porto, por meio de composição em blocos que abrangem representantes do poder público, dos operadores portuários, dos trabalhadores e dos usuários dos serviços portuários. Desde 2001 cabe à ANTAQ apontar o presidente que a representa⁶¹.

Era competente para, entre outros:

- Baixar o regulamento de exploração⁶²;
- Zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência⁶³;
- Homologar os valores das tarifas portuárias⁶⁴;
- Aprovar o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto⁶⁵;
- Estimular a competitividade⁶⁶;
- Pronunciar-se sobre outros assuntos de interesse do porto⁶⁷.

Vale ressaltar que os Conselhos de Autoridade Portuária devem zelar pela defesa da concorrência e estimular a competitividade nas relações do Porto Organizado, devendo, portanto, pronunciar-se quando a Administração Portuária fosse contra tais valores e objetivos. Também, observa-se que a alteração das tarifas portuárias – aquelas devidas à Administração Portuária, e não ao agente econômico privado – deveriam, para serem válidas, ser homologadas pelos CAP, em um ato administrativo composto.

1.4.3 - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), conforme já exposto acima, é a agência responsável por regular as atividades portuárias, vinculada ao Ministério dos Transportes. Foi criada por meio da lei nº 10.223, de 5 de junho de 2001, com o objetivo de implementar políticas públicas, regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário, a fim de garantir a movimentação de

⁶¹ GOLDBERG, David Joshua Krepel. **Regulação do setor portuário no Brasil**. São Paulo, 2009. p. 82.

⁶² Lei nº 8.630, artigo 30, §1º, I.

⁶³ Lei nº 8.630, artigo 30, §1º, VI.

⁶⁴ Lei nº 8.630, artigo 30, §1º, VIII.

⁶⁵ Lei nº 8.630, artigo 30, §1º, X.

⁶⁶ Lei nº 8.630, artigo 30, §1º, XIII.

⁶⁷ Lei nº 8.630, artigo 30, §1º, XVI.

peças e bens com eficiência, segurança, regularidade e modicidade nos fretes e tarifas, harmonizar os interesses dos usuários e operadores preservando o interesse público e arbitrar conflitos entre prestadores de serviços e entre estes e os usuários, preservando a ordem econômica.

Goza, assim como as demais agências regulatórias, de autonomia perante o Ministério à qual é vinculada, não sendo suas decisões, quando referentes às atividades fim da agência, passíveis de recurso hierárquico, o que veio a ser reconhecido e consolidado no Parecer AC-51 da Advocacia Geral da União aprovado pelo Presidente da República em 13 de junho de 2006, após repetidas investidas do TECON Salvador :

“EMENTA: PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES.

I - “O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal” (DL nº 200/67, art. 170).

II - Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.” (...)

Tem, entre suas competências, entre outros:

- Promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados⁶⁸;
- Elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores⁶⁹;
- Aprovar as propostas de revisão e de reajusta de tarifas encaminhadas pelas Administrações Portuárias, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda⁷⁰;
- Estabelecer normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias⁷¹;

Já o Decreto nº 4.122/2002, que regulamentou a mencionada Lei, estabelece nas alíneas de seu artigo 2º as finalidades da ANTAQ, quais sejam: a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança,

⁶⁸ Lei nº 10.223, de 5 de junho de 2001. Art. 27, II.

⁶⁹ Lei nº 10.223, de 5 de junho de 2001. Art. 27, IV.

⁷⁰ Lei nº 10.223, de 5 de junho de 2001. Art. 27, VII (redação anterior à MP 595/2012).

⁷¹ Lei nº 10.223, de 5 de junho de 2001. Art. 27, XIV.

conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas; b) harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservado o interesse público; e c) **arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica**. Para o atendimento de tais finalidades, o mencionado Decreto dota a Agência de algumas competências, dentre as quais se destacam as de:

- aplicar penalidades nos casos de não-atendimento à legislação, de descumprimento de obrigações contratuais ou má prática comercial por parte das empresas de navegação e de exploração da infra-estrutura portuária e aquaviária; (art. 2º, XXXV)
- estabelecer critérios e acompanhar a execução dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias, identificando eventuais irregularidades e propondo medidas corretivas; (art. 2º, XXXVII)
- aplicar sanções por descumprimento de obrigações contratuais por parte das empresas de transporte aquaviário e de exploração da infra-estrutura portuária e aquaviária; (art. 2º;XXXVIII)

Além disso, fica reforçado o dever de estímulo ao ambiente concorrencial, uma vez que *“ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso”*⁷²

1.4.4 - OPERADORES PORTUÁRIOS

O operador portuário é pessoa jurídica pré-qualificada para a execução de operações portuárias, constituídas pela movimentação de passageiros ou a movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário, realizada no porto organizado. Os Operadores Portuários são os arrendatários (concessionários) dos terminais portuários localizados na zona primária dos Portos Organizados quando estes são arrendados.

São responsáveis pela operação de carregamento e descarga dos navios, assim como pelo recebimento e entrega da carga do local de armazenagem.

⁷² Lei nº 10.223, de 5 de junho de 2001. Art. 31.

Na operação com contêineres, a atividade de um terminal portuário envolve a movimentação vertical (do convés ou porão do navio ao seu costado) e horizontal (movimentação em terra, do costado do navio ao portão do terminal).

Os Operadores Portuários normalmente têm contratos com diferentes Armadores, que, assim, desembarcam e embarcam toda a carga de um determinado navio destinada a determinado porto em um mesmo terminal portuário. O terminal portuário é remunerado pelo seu cliente, o Armador, por meio do “*Box rate*”, que inclui a movimentação vertical (incluída nos contratos *liner terms*) e a movimentação horizontal (não incluída nos contratos *liner terms*) do contêiner. A movimentação horizontal, por sua vez, será cobrada pelo Armador do importador por meio da *Terminal Handling Charge* (THC), de modo a complementar a remuneração referente aos serviços abrangidos pelo contrato de transporte.

1.4.5 - RECINTOS ALFANDEGADOS

Os recintos alfandegados são os locais em que podem ocorrer, sob controle aduaneiro, movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias procedentes do ou destinadas ao exterior. São divididos em recintos alfandegados da zona primária e da zona secundária⁷³.

Os recintos alfandegados da zona primária são aqueles constituídos em área terrestre ou aquática, contínua ou descontínua, nos portos alfandegados, em área terrestre nos aeroportos alfandegados e em área terrestre dos pontos de fronteira alfandegados. Os recintos alfandegados da zona secundária, ou terminais alfandegados de uso público ou ainda portos secos, são aqueles que compreendem a parte restante do território aduaneiro, que compreende todo o território nacional.

A existência dos recintos alfandegados da zona secundária possibilitam o trânsito aduaneiro, que é o regime “que permite o transporte de mercadoria sob controle aduaneiro, de um ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão de tributos”⁷⁴. Trata-se

⁷³ Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009. Regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior.

⁷⁴ Art. 73 do Decreto-Lei 37, de 18 de novembro de 1966.

do regime jurídico suspensivo dos tributos que rege a transferências das cargas desde as dependências dos terminais dos operadores portuários até as dependências do recinto alfandegado incumbido pela armazenagem efetiva, onde as cargas ficarão sob a fiscalização dos agentes da Secretaria da Receita Federal.

CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO DO COMÉRCIO MARÍTIMO E DA EXPLORAÇÃO PORTUÁRIA

As atividades de comércio exterior (importação e exportação) utilizam-se, fundamentalmente, do modal aquaviário para o transporte de cargas. O crescimento dos volumes de carga comercializados e transportados por via marítima em navegação de longo curso impôs aos agentes responsáveis pelo manejo, acondicionamento e transporte de mercadorias a criação de soluções técnicas e logísticas capazes de aumentar as escalas de produção e, ao mesmo tempo, reduzir os custos, de modo a incrementar os níveis globais de eficiência e produtividade.

Nesse sentido, relevantes inovações técnicas na infraestrutura dos portos somaram-se a novas práticas mercantis e a investimentos na organização industrial dos serviços de transporte a fim de permitir maior interface entre os diferentes modais por que passam as cargas. Nesse contexto, uma das soluções logísticas mais eficazes foi a unitização e o acondicionamento de cargas em unidades independentes: os contêineres, que são espécies de cofres de carga aptos a serem manejados e transportados com segurança em lotes e pilhas.

Navios especializados no transporte de cargas unitizadas em contêineres foram desenvolvidos, o que, por sua vez, gerou a necessidade de adaptação física por parte dos terminais portuários para o atendimento desses tipos especiais de embarcação: criaram-se terminais portuários especializados em contêineres, devidamente equipados com aparelhos aptos a operar esse tipo de invólucro. Criaram-se portos concentradores de cargas (*hub ports*) e uma série de inovações técnicas para o acondicionamento e transbordo de contêineres. Desse modo, a infraestrutura dos meios de transporte e a capacidade operacional dos portos tiveram que, progressivamente, adaptar-se às necessidades impostas pelos crescentes fluxos físicos de carga a fim de atender com rapidez e eficiência a dinâmica das rotinas mercantis, evitando os gargalos logísticos que impedem o crescimento das economias nacionais.

Os navios especializados em transporte marítimo de contêineres (“*full containers*”), notadamente os mais modernos, costumam ter estruturas físicas de elevada magnitude, com o fim de expandir sua capacidade de transporte de cargas. Dessa forma, o aumento das áreas dos conveses das embarcações, como também da profundidade dos porões e mesmo do comprimento geral dos navios é acompanhado por um conjunto de técnicas de alocação e empilhamento de cargas de sorte que a produtividade média (volume de cargas

transportadas por trecho) aumente e, concomitantemente, os custos fixos diminuam, aumentando a eficiência geral da atividade de transporte marítimo.

Se, de um lado, os navios sofrem evoluções físicas e técnicas, a mesma sorte segue os terminais portuários, que passaram a construir cais com calados cada vez mais profundos, berços de atracação mais modernos e aparelhagem de operação de carga mais segura e eficiente. As práticas mercantis, igualmente, foram adaptadas às contingências técnicas e operacionais do transporte marítimo de cargas em contêiner, a fim de reduzir custos de transação.

Os armadores, por meio de seus representantes (agências marítimas), selecionam, em cada porto, o terminal que lhes ofereça o pacote logístico que reúna preços comparativamente mais módicos e a rotina operacional mais ágil, segura e adequada à infraestrutura de suas embarcações. A escolha dos terminais é confiada ao armador por razões de índole técnica e, sobretudo, econômica⁷⁵.

A conjugação de tais aspectos imanentes ao transporte marítimo de cargas em contêiner torna economicamente inviável ao armador fazer uma série de atracações sucessivas ao longo dos terminais de um mesmo porto para atender a conveniência dos diferentes destinatários das cargas. Em razão desse contexto operacional, que se traduz em custos econômicos elevados e em conseqüentes incentivos a alocação mais eficiente possível de recursos operacionais, não cabe aos destinatários das mercadorias a escolha do terminal portuário aonde deverão entregar suas cargas, nas rotinas de exportação, ou de onde terão de retirá-las, nas rotinas de importação.

Tal escolha é confiada ao armador, que celebra um contrato com o operador portuário responsável pelo terminal de contêineres escolhido no porto considerado, passando a carregar e descarregar ali as cargas cujos fretamentos lhes sejam confiados.

⁷⁵ O aumento de capacidade física instalada dos navios, por via de consequência, impôs aos terminais portuários a ampliação de sua estrutura física e de sua escala de produção, o que importou a elevação efetiva dos riscos operacionais associados tanto à etapa de transporte quanto à etapa de operação de cargas, na medida em que se eleva a possibilidade de avarias às embarcações, às cargas e à estrutura de atracação dos terminais. As atividades de reboque e praticagem dos navios oferecem riscos tanto à infra-estrutura dos berços de atracação, que têm de ter profundidade e aparelhamento adequados ao porte das embarcações, quanto à própria constituição dos navios, que podem sofrer avarias durante essas operações. Além disso, a rotina operacional de carga e descarga de mercadorias entre os cais dos terminais e os porões ou conveses dos navios envolve máquinas especializadas de alto valor agregado, de manutenção custosa, igualmente sujeitas a risco de avaria e a níveis de depreciação não desprezíveis. Há, também, elevados custos de oportunidade em desfavor dos armadores quando seus navios especializados em contêineres tenham de aguardar em filas para realizar a atracação ou, quando já atracados, tenham de aguardar longos períodos para realizar as etapas de carga e a descarga.

Desse modo, os agentes que tenham direitos sobre tais cargas, em nome próprio ou de terceiros, deverão se dirigir às dependências do terminal de contêineres previamente determinado para, então, entregá-las ou recebê-las. Dentro da operação do comércio marítimo, o Armador é contratado, quando do contrato comercial for celebrado pela cláusula FOB⁷⁶, pelo importador, que indica o porto de destino, mas não o terminal portuário a ser utilizado.

2.1 – A TERMINAL HANDLING CHARGE NA DINÂMICA DO TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL

Os contratos de transporte marítimo obedecem, portanto, às regras convencionalmente estabelecidas nos contratos do tipo *liner terms*, segundo as quais as atividades de estiva da carga nos navios, o transporte marítimo e a descarga nos portos de destino constituem obrigações dos armadores.

Cumprida essa etapa, as despesas decorrentes da movimentação horizontal, que se dá desde a balastrada do navio até a entrega da carga no portão do terminal, são obrigações que correm por conta do dono da carga, isto é, do importador. Portanto, um importador ou exportador, ao requisitar os serviços de uma empresa de navegação representante de armadores, firmará com esta um contrato de transporte marítimo, pelo qual pagará o valor do frete aplicável à rota avençada. Esse valor pago ao armador consubstancia a remuneração pelos seus serviços de estiva, frete e desestiva.

Adicionalmente, a fim de permitir que sejam prestados os serviços de operação portuária necessários a que as cargas sejam disponibilizadas aos seus destinatários no portão dos terminais, os tomadores de serviço das agências marítimas costumam antecipar a essas representantes dos armadores os valores relativos à movimentação horizontal das cargas para que essas empresas repassem tais valores aos operadores portuários.

⁷⁶ *Free on board*. Nessa modalidade, a responsabilidade do exportador permanece até o momento em que a mercadoria estiver por completo embarcada no navio que fará o transporte. Na venda com remessa da mercadoria pelo alienante através de via marítima, efetivada sob cláusula FOB, opera-se a tradição com a entrega da mercadoria à responsabilidade do comandante do navio. Feita a entrega, e regularmente comprovada através de emissão do competente conhecimento de embarque, passam os riscos ao comprador (importador). ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA. **Dicionário Básico Portuário**. 2º Ed., disponível em: <www.portosdoparana.pr.gov.br/arquivos/File/dicionario2011.pdf>. Acesso em 15/04/2013

Esse valor recebe a denominação de *THC – Terminal Handling Charge*, que, no vernáculo, corresponde literalmente a “taxa de movimentação do terminal”. Nessa configuração, além do valor do frete, que cobre a etapa marítima de transporte, o importador remunera ao armador os custos incorridos em razão da utilização da infraestrutura de atracação do terminal de contêineres que esse escolher, bem como por aqueles custos decorrentes da movimentação das cargas desde o costado do navio até a saída do terminal, de onde essas poderão ser retiradas e então conduzidas, por outro modal de transporte, usualmente o rodoviário ou o ferroviário, até sua efetiva destinação geográfica e econômica.

A *Terminal Handling Charge* corresponde, portanto, ao conjunto de movimentações prestado à carga “em terra” e consubstancia, em suma, o preço, tomado por unidade de contêiner, destinado a cobrir os custos envolvidos na etapa de movimentação das cargas ao longo da zona portuária até sua efetiva entrega ao destinatário mediato ou imediato nos limites do terminal do operador portuário⁷⁷.

“No início da década de 80, após a realização de estudos na Europa, foi constatado que na época em que as cargas soltas eram embarcadas, os custos portuários dividiam-se entre os donos da carga e armadores, na proporção de 80/20. Isto é, 80% dos custos portuários relacionavam-se ao manuseio da carga em terra (ou seja, até ser colocada no costado do navio); e, os 20% restantes correspondiam ao efetivo embarque da mercadoria (estiva). A partir desta constatação foi firmado um acordo entre os agentes envolvidos estabelecendo a cobrança do THC (Terminal Handling Charge), que refletia esta divisão de custos e, portanto, reduzia os fretes no mesmo valor.

A partir do momento em que a operação portuária foi privatizada, com a retirada da operação da Companhia Docas, ocorreu uma alteração no sistema de cobrança das despesas portuárias: como um único navio embarca/desembarca mercadorias de vários importadores ou exportadores, tendo a obrigação de emitir faturas de frete para cada dono de mercadoria, convencionou-se que todas as despesas portuárias seriam cobradas exclusivamente dos armadores. Estes por sua vez ficaram encarregados de destacar, nas faturas que emitissem, os valores relativos às despesas portuárias que deveriam ser pagos pelos donos das mercadorias.

Os operadores portuários passaram a realizar, com a mão de obra própria, a movimentação do contêiner, desde o portão de entrada do terminal, até o costado do navio, ou em sentido contrário no caso das importações. (...) Como os operadores portuários não tinham experiência na operação dos terminais, iniciaram a cobrança utilizando os mesmos valores anteriormente praticados pelas Companhias Docas, valor este que, pelo contrato de concessão em algumas áreas, deveria ser reduzido paulatinamente à medida que os investimentos fossem sendo efetivados.”

⁷⁷ Estudo intitulado “Estimativa de Cálculo do Terminal Handling Charge (THC) nos Portos de Santos, Rio de Janeiro, Paranaguá e Vitória”, elaborado pela prestigiosa Tendências Consultoria, a pedido do Centro Nacional de Navegação Transatlântica – CNTT, entidade de classe representante dos armadores, afirmou que, devido à queda dos preços dos fretes marítimos experimentada pelos armadores no início da década de noventa, com o fim das antigas “conferências de frete”, que eram cartéis institucionalizados dos armadores, houve um aumento da competição em cada rota, acompanhado da consequente queda nos preços dos fretes, o que pressionou os armadores a obter reduções de custos, dentre os quais os custos dos serviços prestados pelos operadores portuários.

Um recente estudo⁷⁸ financiado pela Comissão Europeia para Concorrência (European Commission) acerca dos efeitos, sobre o custo global dos fretes, da decisão que deixou de eximir as conferências de transportadoras marítimas da aplicação da legislação antitruste, deteve-se especialmente sobre a dinâmica da cobrança da *Terminal Handling Charge* nos portos ao longo do mundo. Nessa oportunidade, explica-se de modo claro em que consiste a THC, nos seguintes termos:

“Terminal handling charges (THC) are effectively charges collected by shipping lines to recover from the shippers the cost of paying the container terminals for the loading or unloading of the containers and other related costs borne by the shipping lines at the port of shipment or destination. For containers shipped on an FOB (Free-On-Board) terms, which specifies which party (buyer or seller) pays for which shipment and loading costs, and/or where responsibility for the goods is transferred. The shippers at the origin port of shipment are responsible for paying the THC at the port of loading. This is defined as the Origin THC. The consignees, or buyers of the cargo are responsible for paying the freight rate and the THC (or equivalent) on the discharge port of destination, known as the destination charge. This is consistent with the Incoterms (International Chamber of Shipping) definition. Since 1990, most shipping lines have introduced separate charges for the freight rate and THC.

THCs are defined, by shipping lines, as ancillary charges. They are not seen as surcharges. They represent the additional increase in costs that are associated with the operation of moving containers, i.e. they are ancillary to the service provided by the lines.

To be clear, before containerisation the shipper paid a share (or all) of the costs of loading and stowing his cargo onboard a ship. Usually, the terminal operator (stevedore) was paid for accepting the cargo on the quay and moving it under the ship's tackle. On the introduction of containerisation this procedure was no longer followed, and it became apparent that the terminal operator was charging the carrier instead for all costs involved in transferring cargo from the terminal gate to onboard the ship and vice-versa.”

As disposições legais que regulamentam os bens, sujeitos e atividades típicos do Direito Marítimo encontram-se no vetusto Código Comercial de 1850 (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), o qual, conquanto tenha sido objeto de derrogação expressa (os artigos 1º ao 456, inclusive, foram revogados pelo Novo Código Civil – Lei nº 10.406/2002), manteve-se intacto quanto à regulamentação das atividades de comércio marítimo (art. 456 e seguintes da Lei nº 556/1850).

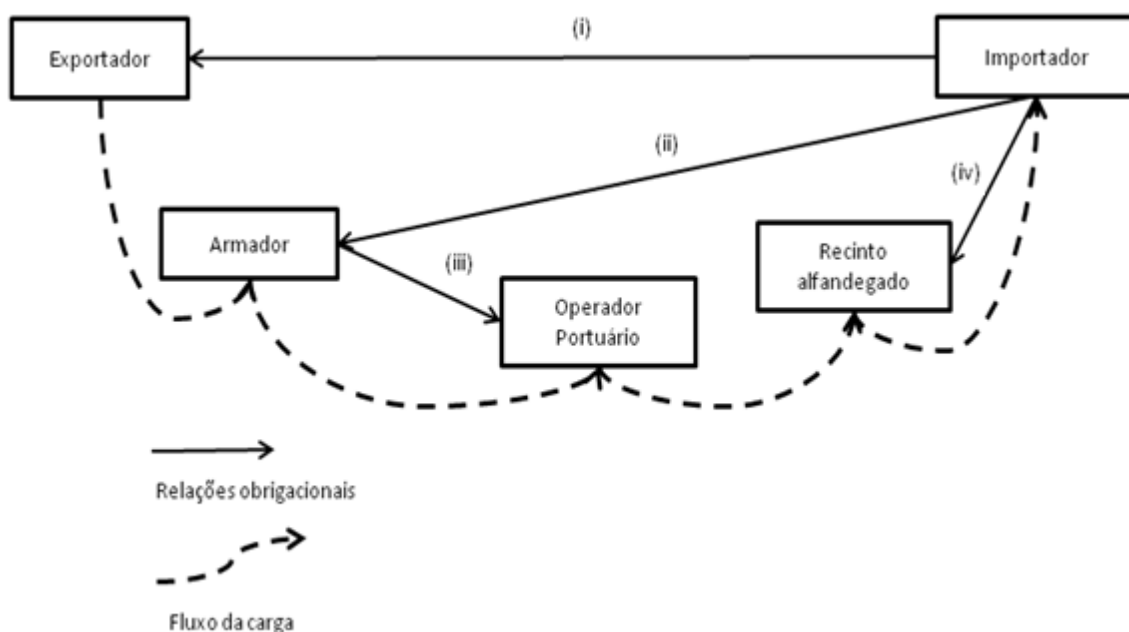
O Conhecimento de Carga (Bill of Lading) é considerado o documento mais importante⁷⁹ do comércio internacional realizado por via marítima exatamente porque permite

⁷⁸ O estudo intitulado “Terminal handling charges during and after the liner conference era – Competition Reports” foi publicado em Outubro de 2009 pela Comissão Europeia para Concorrência. A íntegra dos resultados encontra-se disponível no [sítio eletrônico do órgão antitruste da União Europeia](http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/index.html): <http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/index.html>. Acesso em 15/12/2012.

⁷⁹ Segundo Carla Adriana Comitê Gibertoni, na obra “Teoria e Prática do Direito Marítimo”, as funções cumpridas pelo Conhecimento de Embarque são as seguintes: 1) é um recibo das mercadorias, isto é, faz prova que as cargas foram embarcadas ou foram recebidas para embarque a bordo de determinado navio e a obrigação de entregá-las no lugar do destino; 2) prova a propriedade das mercadorias nele descritas e reputa-se, quando emitido “à ordem”, título de crédito, negociável por meio de endosso, inclusive o pignoratício; 3) serve como

que as cargas destinadas a diferentes destinatários sejam transportadas e transbordadas ao longo de várias rotas comerciais, em diferentes portos. A praxe do Comércio Exterior, portanto, utiliza-se em larga medida do Conhecimento de Embarque (ou Conhecimento de Transporte Marítimo – “Bill of Lading”), que tem natureza jurídica de título de crédito: a mercadoria deve ser entregue a quem estiver nele indicado, ou, caso haja sido transmitido por endosso, a quem possuí-lo de boa-fé.

Figura 3 - Fluxograma de relações obrigacionais e fluxo da carga em cadeia contratual de operação de importação



- (i) **Contrato de compra e venda entre importador e exportador.**
- (ii) **Contrato de transporte de mercadoria para entrega em porto de destino, entre importador e Armador.**
- (iii) **Contrato de descarga e de movimentação de contêiner entre o costado do navio e o porão do terminal, entre Armador e operador portuário.**
- (iv) **Contrato de armazenagem da mercadoria antes de sua nacionalização entre importador e recinto alfandegado.**

evidência dos termos e condições de transporte acordados entre o armador e o embarcador; 4) obriga a pronta entrega das mercadorias mediante sua apresentação; 5) exime as mercadorias, nele descritas, de medidas como o arresto, sequestro, penhora ou qualquer embargo judicial por fato, dívida, falência ou outra causa estranha ao seu atual dono; 6) é suscetível dessas medidas judiciais por fatos relacionados ao seu atual dono; 7) constitui prova plena absoluta entre todas as partes na carga e frete entre elas e seguradores.

Desse modo, do ponto de vista jurídico, não há liame propriamente contratual entre o operador portuário e o recebedor da carga, no caso da importação, porque não há sinalagma de obrigações recíprocas. Trata-se de verdadeira *estipulação em favor de terceiro*⁸⁰: o armador figura como estipulante; o operador, como promitente; e o recebedor, como beneficiário da estipulação.

A estipulação de que se cogita é a efetiva entrega da mercadoria transportada pelo mar e movimentada pelo porto ao seu destinatário mediato (transportador, armazenador etc.) ou imediato (dono da carga, importador) assim identificado no Conhecimento de Transporte⁸¹. Dessarte, os recebedores de cargas tornam-se credores dos terminais de contêineres, os quais têm a obrigação de entregar coisa certa.

Desse modo, os recebedores de carga, independentemente de quem forem (o importador, o adquirente, o transportador contratado, o recinto armazenador alfandegado etc.), terão o direito a receber, sem ônus, as cargas a si destinadas.

O direito do recebedor não está sujeito a qualquer termo ou condição: surge a pretensão de recebimento tão logo o operador passe a ter o domínio sobre a carga, nas rotinas de importação e comprova-se mediante a apresentação do Conhecimento. Todos os contêineres, depois de movimentados e efetivamente dispostos no pátio do terminal, têm de ser conduzidos aos respectivos legitimados para o recebimento da carga neles contida.

Embora o consignatário não interfira na formação do contrato de transporte, o qual é celebrado entre o vendedor (ou o embarcador) e o agente do transportador marítimo no exterior, não se pode negar o fato de que, ao receber as vias negociáveis do conhecimento de

⁸⁰ O instituto jurídico em comento encontra-se disciplinado no Código Civil de 2002 nos artigos 436 a 438. Para que a figura reste caracterizada, as partes contratantes – estipulante e promitente – devem convencionar a prestação de um ato favorável ao terceiro, sem que haja qualquer contrapartida. Nesse sentido, leciona a doutrina: “A *estipulação em favor de terceiro* é, realmente, o contrato por via do qual uma das partes se obriga a atribuir vantagem patrimonial gratuita a pessoa estranha à formação do vínculo contratual. (...). Para haver *estipulação em favor de terceiro* é necessário que do contrato resulte, para este, uma *atribuição patrimonial gratuita*. O benefício há de ser recebido sem contraprestação e representar vantagem suscetível de apreciação pecuniária. A *gratuidade* do proveito é essencial, não valendo a estipulação que imponha *contraprestação*. A estipulação não pode ser feita *contra* o terceiro. Há de ser em seu *favor* (GOMES, Orlando. *Contratos*. 24ª ed.. Rio de Janeiro, Forense, 2.001, pp. 165/166) (itálicos do autor). Caio Mário da Silva PEREIRA não chega a colocar a questão nos claros termos utilizados por Orlando GOMES, mas parece aceitar a conclusão na medida em que admite apenas a imposição de encargo a terceiro, não cogitando de contraprestação. Aliás, o referido autor bem distingue entre estipulação em favor de terceiro e promessa de fato de terceiro, contrato por meio do qual o terceiro também assume obrigações as quais, por óbvio, só lhe podem ser impostas após sua aceitação (*Instituições de Direito Civil*. v. 3. 9ª ed.. Rio de Janeiro, Forense, 1.993, pp. 77/80).

⁸¹ Mesmo na hipótese de a carga já não ter o seu destinatário final apontado pelo armador (hipótese em que o importador espere a atracação para definir o(s) local(is) de armazenamento), sendo a escolha realizada *ex post* à movimentação, quem vier a reclamar a carga no portão do terminal, se competentemente autorizado pelo importador ou dono da carga, poderá exigir, sem ônus, a efetiva entrega da mercadoria.

embarque (*Bill of Lading* original) e efetuar o desembarço aduaneiro da mercadoria importada, o consignatário adira aos termos e condições previstos nesse título de crédito, que é instrumento do contrato de transporte.

No entanto, daí não decorre qualquer consequência jurídica que confira legitimidade passiva para adimplir obrigações, **a não ser quando derem causa a despesas extraordinárias**. Nesse sentido, os artigos 6º e 7º do Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930, diploma regente⁸² dos conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, dispõem sobre o dever do consignatário de pagar as despesas extraordinárias a que der causa relativas ao contrato de transporte, *in verbis*:

"Art. 6º O endossatário nominativo e o portador do conhecimento ficam investidos nos direitos e obrigações do consignatário, em face da empresa emissora. O endossador responde pela legitimidade do conhecimento e existência da mercadoria, para com os endossatários posteriores, ou portadores.

Parágrafo único. É sumária a ação fundada no conhecimento de frete.

Art. 7º O remetente, consignatário, endossatário ou portador pode, exibindo o conhecimento, exigir o desembarque e a entrega da mercadoria em trânsito, pagando o frete por inteiro **e as despesas extraordinárias a que der causa**. Extingue-se então o contrato de transporte e recolhe-se o respectivo conhecimento. O endossatário em penhor ou garantia não goza dessa faculdade."

Ou seja, já se encontrando pagos o frete e as despesas de movimentação portuária, porque é essa a conformação contratual no modelo *liner terms* não haveria qualquer despesa adicional a ser quitada pelo consignatário ao retirar a carga endereçada a si no local avençado para a realização da tradição das cargas, etapa essa que constituiria, efetivamente, o adimplemento perfeito da obrigação assumida pelo terminal portuário, não apenas no exercício de sua autonomia privada, mas no inescusável dever legal de prestar o serviço ínsito à exploração do bem público "porto".

A regra geral do Código Civil que faz do ato ilícito fonte de obrigação - e pressuposto da responsabilidade civil – já autorizaria, por si só, tal conclusão, caso não existisse a construção histórica que legitimasse a assertiva. Não bastasse, o mesmo Código Civil confere abrangência para o contrato de transporte que torna ainda mais contundente a análise:

Art. 750. A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa;

⁸² Diploma alterado por força dos Decretos nº 19.754, de 18/03/31, 21.736, de 17/08/32 e 20.454, de 29/09/31 e do Decreto-Lei nº 4.938, de 09/11/42.

termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado.

Art. 754. As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos.

A lógica e a normatização referentes ao contrato de transporte parecem afastar a possibilidade de cobrança em face do recebedor de cargas. Resta verificar, contudo, se a solicitação de cargas sob regime aduaneiro pode constituir causa autônoma, ensejadora da cobrança por custos ou serviços adicionais.

CAPÍTULO III – REGIME ADUANEIRO E SERVIÇOS PORTUÁRIOS NAS ROTINAS DE COMÉRCIO EXTERIOR: HÁ MESMO ‘CUSTOS’ OU ‘SERVIÇOS’ ADICIONAIS?

3.1 – OS REGIMES ALFANDEGÁRIOS ESPECIAIS E O TRÂNSITO ADUANEIRO

O território aduaneiro é o espaço geográfico onde se aplica a jurisdição dos serviços aduaneiros, a fiscalização e o controle do comércio exterior, e compreende todo o território nacional. A legislação classifica o território aduaneiro em **zona primária** e **zona secundária**.

O trânsito aduaneiro é o regime “que permite o transporte de mercadoria sob controle aduaneiro, de um ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão de tributos”, conforme definição constante do art. 73 do Decreto-Lei 37, de 18 de novembro de 1966. Trata-se do regime jurídico suspensivo dos tributos que rege a transferências das cargas desde as dependências dos terminais dos operadores portuários até as dependências do recinto alfandegado incumbido pela armazenagem efetiva, onde as cargas ficarão sob a fiscalização dos agentes da Secretaria da Receita Federal.

Além da previsão no mencionado artigo do Decreto-Lei nº 37/66, o regime especial de trânsito aduaneiro foi objeto de especial regulamentação legislativa pelo Decreto nº 79.804, de 13 de junho de 1977, que confere o tratamento normativo a todo o conjunto de atos e fatos voltados à fiscalização e controle das rotinas de transporte das mercadorias sob regimes especiais nos fluxos de importação e exportação.

O aludido Decreto nº 79.804/77 determina que o regime especial de trânsito aduaneiro subsiste desde o desembaraço realizado pela repartição de origem até a certificação da chegada da mercadoria na repartição de destino⁸³. Cabe mencionar que o mencionado

⁸³ Nesse sentido, o art. 2º do Decreto nº 79.804/77 considera: a) local de origem é aquele que, sob controle aduaneiro, constitui o ponto inicial do itinerário de trânsito; b) local de destino é aquele que, sob controle aduaneiro, constitui o ponto final do itinerário de trânsito; c) repartição de origem é aquela que tem jurisdição sobre o local de origem e na qual se processa o despacho para trânsito aduaneiro; d) repartição de destino é aquela que tem jurisdição sobre o local de destino e na qual se processa a conclusão da operação de trânsito aduaneiro.

“desembaraço” consiste no ato administrativo fiscal pelo qual o servidor competente formaliza a entrega da mercadoria ao transportador no local de origem, autorizando-o a iniciar a operação de trânsito ao local de destino, a rigor do disposto no art. 19, §§ 1º e 2º do aludido Decreto.

Segundo Osíris de Azevedo Lopes Filho, o regime de trânsito aduaneiro⁸⁴, além de ser um meio para ativar o sistema de transportes do país e aumentar o nível de ocupação dos portos e aeroportos, facilita a instalação de outros regimes especiais, eis que possibilita o deslocamento das mercadorias dos portos, aeroportos e fronteiras até o local onde estão situados os estabelecimentos que praticam esses distintos regimes no interior do território aduaneiro⁸⁵. Nesse sentido, afirma que o regime de trânsito representa redução de custos de operação, - e não aumento -, na medida em que a emissão do despacho para trânsito não se confunde com o despacho para consumo, como fazem supor as operadoras portuárias arrendatárias de terminais em suas alegações. Nesse sentido, leciona o aludido jurista que:

“O trânsito permite a interiorização da Alfândega junto aos centros de produção e distribuição, na medida em que reduz a um mínimo a permanência das mercadorias nas repartições aduaneiras de chegada aos países. Ademais, proporciona a facilidade de que o despacho aduaneiro de exportação e importação seja realizado junto à empresa, em operações domiciliadas ou em repartições aduaneiras situadas no interior.

Ganha-se, graças a ele, agilidade nas operações aduaneiras e economia de custos de armazenagem, capatazia e manipulações nos portos, além da redução das tradicionais demoras que o despacho nas repartições portuárias e aeroviárias acarreta.”⁸⁶

⁸⁴ Constituem modalidades de operação de trânsito aduaneiro: a) o transporte de mercadoria procedente do exterior, do ponto de descarga no território aduaneiro até o ponto onde ocorrer o desembaraço para consumo ou outra forma de internação; b) o transporte de mercadoria nacional ou nacionalizada, já conferida e desembaraçada para exportação, do local de origem ao local de destino, para embarque ou armazenamento em área alfandegada para posterior embarque; c) o transporte de mercadoria estrangeira conferida e desembaraçada para reexportação, do local de origem ao local de destino, para embarque ou armazenamento em área alfandegada para posterior embarque; d) o transporte de mercadoria estrangeira de um entreposto a outro, nas hipóteses previstas na legislação específica; e) a passagem, pelo território aduaneiro, de mercadoria procedente do exterior e a ele destinada; f) o transporte, pelo território aduaneiro, de mercadoria procedente do exterior e destinada à internação no País, quando conduzida em veículo em viagem internacional, até o ponto em que se verificar a descarga; g) o transporte, pelo território aduaneiro, de mercadoria estrangeira, nacional ou nacionalizada, conferida e desembaraçada para reexportação ou exportação e conduzida em veículo com destino ao exterior. Compilação dos dados constantes do Curso de Aperfeiçoamento no Siscomex Trânsito, disponível no sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil - RFB: <http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/siscomex/transitoadu.htm> - Acesso em 23/10/2011

⁸⁵ Os principais regimes aduaneiros especiais são: trânsito aduaneiro, admissão temporária; beneficiamento ativo; entreposto de estocagem na importação e na exportação; entreposto industrial; exportação temporária; drawback; reposição de estoques e a Zona Franca de Manaus.

⁸⁶ LOPES FILHO, Osíris de Azevedo. Regimes Aduaneiros Especiais – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 101.

Um regime aduaneiro define o tratamento tributário a ser aplicado a uma operação do comércio exterior, seja ela uma importação ou exportação, definindo a cobrança dos direitos aduaneiros, incidentes sobre o valor das mercadorias.

Despacho aduaneiro é o procedimento fiscal para desembaraço aduaneiro das mercadorias - conforme o regime a que estejam submetidas, sejam elas destinadas à exportação ou de carga importada (quando então são encaminhadas a qualquer ponto do país).

Os Regimes Aduaneiros⁸⁷ brasileiros se dividem em categorias: os comuns, os especiais e os especiais aplicados em áreas físicas especiais ou locais dedicados. Nos primeiros, observa-se o pagamento dos tributos, sem qualquer procedimento excepcional. Os demais permitem ingresso e saída de mercadorias do país, com isenção ou suspensão dos tributos aplicáveis, sendo que a última categoria permite que o despacho aduaneiro seja deslocado para áreas geográficas do território aduaneiro, em zonas secundárias.

O regime de entreposto de estocagem, praticado em locais de armazenamento sob o controle da aduana, possibilita a formação de estoques de matérias-primas e produtos no país, que podem servir de elemento regulador dos preços no mercado, evitando períodos de excessiva oferta ou de escassez, o que evita desajustes de grande magnitude no abastecimento interno. A existência de regimes de armazenagem alfandegada, além de interiorizar e modernizar a atividade administrativa aduaneira, reduzindo custos administrativos de centralização excessiva e custosa do controle fiscal, proporciona uma série de vantagens à economia interna, na medida em que incrementa as atividades de transporte, de logística, de crédito e de seguros, bem como uma ampla gama de atividades comerciais e de prestação de serviços.

Segundo Osíris de Azevedo Lopes Filho, as vantagens do regime de entreposto aduaneiro não se esgotam ao nível da prestação de serviços. Para o eminente jurista e professor de saudosa memória:

⁸⁷ Os Regimes Aduaneiros Especiais são mecanismos de incentivo ao Comércio Exterior por permitirem a suspensão de tributos Federais, Estaduais, Municipais, conforme respectivas legislações. Destacam-se, alguns destes instrumentos: *Drawback*; Admissão Temporária; Regime especial de entreposto aduaneiro de importação e exportação; Trânsito aduaneiro; Entreposto Industrial sob controle aduaneiro informatizado (Recof); Regime Tributário para incentivo à modernização e ampliação da estrutura portuária (Reporto); Recinto Especial para despacho aduaneiro de exportação (Redex). A criação dos regimes aduaneiros aplicados em áreas especiais veio imprimir maior dinamismo às atividades do comércio exterior, contribuindo para a redução de custos logísticos e operacionais para as empresas brasileiras que recebem concessão para sua exploração. Os recintos alfandegados, sob este regime aduaneiro são chamados: Estações Aduaneiras de Interior (EADIs), Portos Secos ou Centro de Logística e Indústrias Alfandegadas (CLIAs) e Zonas de Processamento de Exportação (ZPEs). A criação de EADIs e ZPEs tem contribuído para acelerar os processos logísticos no despacho aduaneiro de carga.

“Na realidade o entreposto facilita a realização dos negócios. Ao importador, permite comprar na melhor hora, eis que pode manter estoques sem pagamento de tributos. Ao industrial, garante a continuidade do processo produtivo, já que faculta contar com estoques necessários à manutenção de sua produção, uma vez que só ocorre o pagamento dos tributos, à medida em que o produto seja retirada do entreposto, para a utilização na indústria.

O comprador de mercadorias armazenadas no entreposto tem também as suas vantagens. A primeira delas consiste no acesso fácil, para exame e observação. Em seguida, pois a mercadoria já se encontra no país. Várias economias decorrem do fato de a mercadoria estar no entreposto. Diminui-se a burocracia, o tempo gasto em troca de correspondência, elimina-se a necessidade de contratar transporte e seguro internacionais, dando-se mais comodidade ao comprador, tendo em vista que vai utilizar costumes e rotinas de um mercado que ele conhece – o nacional”⁸⁸.

O regime aduaneiro especial de entreposto não é especificidade ou peculiaridade institucional do Brasil (contrariamente ao que sustentam os operadores portuários que cobram a Terminal Handling charge 2).

Antes, é prática reiterada na logística de comércio internacional pelo mundo, notadamente na Europa. A doutrina francesa chega, inclusive, a emprestar distintas denominações e modalidades de estocagem aduaneira, quais sejam: entreposto real, entreposto fictício e especial. Nesse sentido, lecionam SCHMIDLIN e DUCROQ⁸⁹ Claude Jaquemart, na obra francesa “La Nouvelle Douane Européenne”, de 1971, além de referir-se à aludida classificação francesa dos entrepostos, enumera as correlações existentes nos outros países da Comunidade Econômica Européia⁹⁰.

⁸⁸ LOPES FILHO, Osíris de Azevedo. Op. Cit. Pp.100-101

⁸⁹ SCHMIDLIN, M. e DUCROQ – “L’Organisation et la Réglementation du Commerce Extérieur a l’Heure du Marché Commun”, Moniteur Officiel du Commerce et de l’Industrie, Paris, 1963. pp.119-120.

⁹⁰ O órgão da Comissão Européia responsável pela fiscalização tributária e aduaneira afirma, quanto aos regimes de entrepostagem aduaneira, que: “L’entrepôtage douanier permet au titulaire de détenir des marchandises non communautaires importées dans la Communauté et de choisir le moment où il acquitte les droits ou réexporte les marchandises. Les opérations d’ouvroison ou de transformation qui peuvent être appliquées aux marchandises se trouvant en entrepôt se limitent essentiellement à celles qui sont destinées à en assurer la conservation en vue de leur distribution ultérieure. Des marchandises peuvent toutefois subir de telles opérations sous régime de perfectionnement actif ou de transformation sous douane dans les locaux d’un entrepôt de douane. Des marchandises communautaires peuvent être admises en entrepôt de douane afin de bénéficier de la réglementation communautaire régissant les restitutions à l’exportation ou le remboursement des droits à l’importation” Fonte: http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/procedural_aspects/export/customs_warehouses/index_fr.htm - Acesso em 20/11/2010

⁹¹ “Ces entrepôts douaniers peuvent être rangés en deux catégories: - d’une part, les entrepôts publics, dans lesquels toute personne peut, en principe, entreposer des marchandises. En general, il s’agit d’entrepôts dont l’établissement est décidé en fonction des exigences de l’intérêt public. Ils sont gérés parfois directement par l’Administration douanière elle-même ou bien concédés par les autorités nationales à des personnes morales désignées par la loi. Dans cette catégorie sont à classer l’‘Offentliche Zollgutlager’ allemand, les ‘entrepôts douaniers public’ belges, français et luxembourgeois, les “magazini sotto diretta custodia della dogana”, les “magazzini doganali” et “generali” italiens. - d’autre part, les entrepôts privés, dans lesquels ne peuvent être

Estes entrepostos aduaneiros podem ser divididos em duas categorias: - de uma parte, os entrepostos públicos, nos quais qualquer pessoa pode, em princípio, entrepostar suas mercadorias. Em geral, os locais onde são definidos esses entre

A Estação Aduaneira de Interior é um recinto alfandegado privado, de uso público, situado em zona secundária e voltado para facilitar o comércio em regiões distantes dos portos, aeroportos ou pontos de fronteira que apresentam expressiva concentração de cargas importadas ou a exportar. Ou seja, os portos secos são os locais fora das áreas de armazenagem de portos e aeroportos em que é possível o armazenamento, por um certo período, de mercadorias estrangeiras importadas antes de sua nacionalização, ou de mercadorias desnacionalizadas, antes de sua definitiva exportação. Além disso, as mercadorias recebidas em portos ou em aeroportos podem ser transferidas para um porto seco por meio de regime especial de trânsito aduaneiro, o qual pode ser solicitado antes ou depois da chegada das mercadorias ao País.

AS EADIs, TRAs e demais recintos alfandegados não necessitam prestar garantia para realizar o trânsito aduaneiro, porquanto são os depositários de destino⁹².

entrepôts, en principe, que les marchandises appartenant à une personne physique ou morale expressément agréée par les administrations douanières. Dans certains cas, toutefois, les entrepôts privés sont concédés également à des personnes qui font profession principale ou accessoire, d'entreposer des marchandises pour autrui. Tel est le cas, par exemple, des entrepôts privés concédés aux transitaires, aux compagnies de navigation maritime, fluviale et aérienne, aux maisons d'import-export. Les dénominations qui sont données aux entrepôts entrant dans cette dernière catégorie varient selon la fonction qui est attribuée à chacun. C'est ainsi qu'une législation nationale (Allemagne) prévoit le "private Zollgutlager" qu'autres prévoient les "entrepôts particuliers" et les "entrepôts fictifs" (Belgique, Luxembourg et Pays-Bas), les "entrepôts privés bancaux" et les "entrepôts privés particuliers" (France), les "magazzini dati in affitto" et les "magazzini di proprietà privata" (Italie), les "tijdelijke opslag" (Pays-Bas)". A autoridade aduaneira holandesa aplica diferentes regimes de armazenagem sob controle aduaneiro com suspensão de tributos ("storage of goods under customs control"), inclusive por tempo indeterminado, conforme pode ser constatado em seu site oficial: <http://www.douane.nl/english/storage.html> - Acesso em 20/11/2010

⁹² "É condição para a prestação de garantia que o transportador encontre-se cadastrado como TNTN, TNTI ou OTM. Dentro da validade do TRTA, o transportador poderá suplementar o valor da garantia prestada, ou repor a garantia vencida, apresentando novo aditivo. A garantia assegura o cumprimento das obrigações tributárias suspensas e será prestada pelo transportador na mesma unidade aduaneira em que formalizou o TRTA, podendo assumir a forma de depósito em dinheiro, fiança idônea - como por exemplo a bancária - ou seguro aduaneiro em favor da União, a critério do transportador. A unidade local da SRF informará no Siscomex Trânsito o tipo, valor e validade da garantia prestada. A prestação da garantia dar-se-á pelo CNPJ básico do transportador (primeiros oito dígitos, referentes à empresa como um todo) e amparará os trânsitos independentemente de sua origem e destino. Estão dispensados de prestação de garantia as declarações: Que regem-se por acordos internacionais: MIC/DTA e TIF/DTA; sem ficha fatura: DTT, DTC, DTI e DTA de Entrada Especial e de Passagem Especial; cujo transportador possua patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) (§2º, do art. 5º, do Decreto 3.411/00); **em que o beneficiário do trânsito seja o depositário de destino**; e de

Este tipo de regime aduaneiro, existente desde a década de 1970, foi criado para dar maior velocidade ao desembarço aduaneiro e diminuir congestionamentos nos portos brasileiros. São chamados de “portos secos” por lidarem com mercadorias provenientes ou destinadas de portos, sem, no entanto, terem acesso direto às mercadorias nos cais, como também por lidarem com mercadorias provenientes ou destinadas a aeroportos.

De 1971 a 1995, a exploração destes serviços por empresas privadas era realizada sob *autorização* da Receita Federal do Brasil. De 1995 a 2003, as instalações sob estes regimes passaram a ser objeto de *concessão* pelo Estado.

Os Portos Secos sujeitam-se a regime de permissão de serviço público, após processo licitatório na modalidade de concorrência. A realização do certame licitatório é precedida da publicação de ato da Secretaria da Receita Federal, por meio do qual são especificados o tipo e a quantidade de terminais, como também a unidade administrativa da Secretaria da Receita Federal em cuja jurisdição deverão ser instalados.

Por meio desse ato, o Secretário da Receita Federal aprecia o parecer conclusivo emitido pelo Coordenador-Geral do Sistema Aduaneiro. A formalização da permissão se dá mediante contrato de adesão celebrado entre a União, representada pela Secretaria da Receita Federal, e a licitante vencedora.

Os atuais Portos Secos são recintos alfandegados de uso público, situados em zona secundária, nos quais são executadas operações de movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias e bagagens, sob controle aduaneiro. Neles são executados serviços aduaneiros a cargo da Secretaria da Receita Federal, inclusive os de processamento de despacho aduaneiro de importação e de exportação, possibilitando a interiorização desses serviços no País.

Estão localizados proximamente aos principais pólos industriais do país, agilizando assim a fiscalização de mercadorias importadas e exportadas. Funcionam também como Estações Aduaneiras, mantendo mercadorias, importadas ou para exportação futura, em regime de depósito alfandegado. Recebem cargas diversas e preparam para exportação. Recebem mercadorias em importação ainda consolidadas, destinadas a despacho para consumo imediato ou a entreposto aduaneiro. Nas importações, armazena a mercadoria pelo

transportador com mandado judicial. No caso de mandado judicial, a unidade informará o fato na mesma função de inclusão de garantia. (grifos nossos)

período desejado pelo importador (um ano, prorrogável até três anos) em regime de suspensão de impostos, podendo fazer a nacionalização fracionada.

Os portos secos apresentam diversas vantagens para as empresas exportadoras ou importadoras, dentre as quais despontam a possibilidade de prestação dos serviços aduaneiros próximos ao domicílio dos agentes econômicos envolvidos e a simplificação de procedimentos para o contribuinte.

Presentes em diversos pontos do território nacional, estes regimes tem caráter público e permitem a agregação de valor às mercadorias por meio de pequenas transformações e montagens, com custo reduzido, além de realizar atividades de movimentação, armazenagem, processamento de produtos e despacho nas operações internacionais.

Dependem, igualmente, das cargas transacionadas sob o regime especial de transporte aduaneiro aquelas destinadas aos Centros de Logística e Indústrias Alfandegadas, regime aduaneiro especial que possibilita também operações de indústrias alfandegadas.

A indústria alfandegada é a instalação de uma linha de produção industrial, em área delimitada dentro de um Recinto Alfandegado, que opera sob regime de Entrepósito Aduaneiro com permissão para receber insumos importados ou nacionais agregando-lhes valor, mediante transformação industrial, com a suspensão de impostos Estaduais e Federais. Seu produto final poderá ser exportado, isento de impostos, ou nacionalizado com o pagamento de impostos, o que demonstra a vocação do regime aduaneiro especial em questão ao incentivo ao comércio exterior e à valorização do parque industrial brasileiro. Eventuais nacionalizações deverão ter a incidência dos impostos cabíveis.

Em comum, entre todas as modalidades de regimes aduaneiros especiais, está a fiscalização e o controle exercido, desde o início ao término, pela autoridade aduaneira submetida à Secretaria da Receita Federal. A manutenção da incolumidade das cargas é preocupação fundamental da atividade de polícia administrativa exercida pelas autoridades aduaneiras, porquanto a verificação fidedigna da existência e do valor dos bens econômicos em trânsito é pressuposto para o exercício de apuração e lançamento dos créditos tributários⁹³.

⁹³ Nesse sentido, para autorizar o regime especial, a autoridade aduaneira fixa: a) o itinerário pelo qual a carga será transportada; b) o prazo para execução da operação; c) prazo para a comprovação da chegada dos volumes no local de destino; d) cautelas fiscais julgadas necessárias, a fim de evitar a vulneração dos volumes ou mesmo do veículo. Poderá, ainda, se for julgado conveniente, na conferência da mercadoria em trânsito, ser realizada a abertura de volumes.

3.2 – REGIME ADUANEIRO NO PORTO DE SALVADOR

A empresa TECON SALVADOR S.A. afirma, ainda, que além dos custos decorrentes da operação adicional propriamente dita na rotina de segregação, haveria uma série de procedimentos administrativos específicos e diferenciados a, igualmente, impor custos adicionais ao seu terminal de contêineres⁹⁴.

Há que se verificar, portanto, se existem custos decorrentes do regime aduaneiro a que se sujeitam as cargas sob regimes alfandegados especiais e, em existindo, se são imputáveis, mediante cobranças diretas aos recebedores de cargas.

É o que se passa a analisar, tomando em conta a disciplina específica havida no Porto de Salvador.

3.2.1 – (IN)EXISTÊNCIA DE CUSTOS ADICIONAIS

A Comunicação de Serviço nº 06, de 21 de novembro de 2000 (ANEXO I) estabelece normas operacionais necessárias ao controle aduaneiro da movimentação e armazenagem de cargas no âmbito do Porto de Salvador, define os requisitos para habilitação dos operadores portuários para execução das manipulações de cargas sujeitas a controle aduaneiro, sem os quais esses ficariam impedidos de manipular, sob qualquer forma, as cargas oriundas dos fluxos de importação ou destinadas aos fluxos de exportação.

Além dos documentos necessários à competente habilitação dos operadores portuários, tal ato da autoridade aduaneira determinou os procedimentos administrativos a se observar no tratamento das cargas desde o momento anterior a seu recebimento, no cais, até sua efetiva entrega, no portão, na importação; ou, no sentido inverso, na exportação.

⁹⁴ Tais custos administrativos consubstanciarão os seguintes: **a) Armazenagem do contêiner por 48 horas até sua retirada do recinto alfandegado** (serviço que, segundo a Representada, não seria contemplado no THC cobrado pelo Armador); **b) Recepção e conferência da documentação específica** até o momento da atracação da embarcação (cópia do conhecimento de carga, autorização do importador, documento de transferência – DT ou DTA); **c) Remoção dos contêineres para áreas próprias**, separadas por Recinto Alfandegado de destino, de modo a garantir o cumprimento do prazo de entrega em 48 horas; **d) Seguros** das cargas em trânsito; **e) Responsabilidade perante a Receita Federal pelas cargas armazenadas**, inclusive quanto ao pagamento dos impostos devidos; **f) Operação em regime extraordinário** para garantir o cumprimento do prazo de entrega em 48 horas.

É, portanto, ato normativo essencial à disciplina das atividades portuárias prestadas às cargas em trâmite nos fluxos de Comércio Exterior.

O próprio início da operação portuária prestada às cargas ainda não desembarcadas é condicionado à apresentação de autorização por parte do agente marítimo responsável pela embarcação. Esse agente deverá apresentar ao operador portuário o ato pelo qual autoriza a realização das atividades de operação portuária, devidamente instruído com a cópia dos manifestos das cargas que serão movimentadas no porto, bem como a relação de contêineres vazios a serem ali descarregados e, quando for o caso, a autorização para transporte e baldeação de cargas, sendo que todos esses documentos devem ser devidamente visados pela fiscalização aduaneira, a rigor do que já dispunha o tópico 3.2 da mencionada Comunicação de Serviço nº 06/2000⁹⁵.

Tais informações são prestadas antes mesmo de o navio atracar no porto, o que permite ao terminal racionalizar seu espaço físico e sua capacidade instalada para atender da forma mais eficiente os navios. Nesse passo, a mencionada Comunicação de Serviço estabelece, em seu item 7.3, o dever de o operador portuário comunicar, com antecedência e por escrito, aos depositários e à fiscalização aduaneira o momento do início da operação de descarga, bem como o local e o horário previstos para a entrega da mercadoria aos depositários competentemente autorizados pelos importadores e habilitados perante a autoridade fiscal.

A comprovação da destinação deve ser feita antes da efetiva descarga da embarcação, mediante apresentação, até o momento da atracação, de algum dentre os seguintes documentos: i) cópia do conhecimento de carga emitido com indicação do recinto armazenador; ii) autorização do importador ou seu representante legal; iii) Declaração de

⁹⁵ Ainda segundo as normas constantes do mencionado ato regulamentar, o operador portuário deve relacionar todas as mercadorias descarregadas em Folha de Controle de Carga, conforme modelos aprovado pelas autoridades aduaneira e portuária, ou, na falta dessas, nos “tally sheets” usualmente destinados a esse fim. Além da indicação das quantidades e do estado das cargas desembarcadas, é obrigação dos operadores portuários a realização do conserto e da pesagem de volumes que, ao serem descarregados, apresentem-se quebrados, com diferenças de peso, indícios de violação ou qualquer tipo de avaria. Por óbvio, tais serviços de conserto geram custos, mas não há permissivo para que os valores representativos desses custos sejam impostos aos recebedores de cargas, que nada teriam que ver com avarias infligidas às cargas que ainda sequer receberam. Antes, os consignatários recebedores é que teriam a pretensão de indenização por perdas, danos, lucros cessantes e juros de mora contra quem tivesse causado -- ou se omitido em verificar prontamente -- os danos perpetrados. Conquanto a responsabilidade seja matéria controversa na prática comercial em Direito Marítimo, sendo objeto de disciplinas não afinadas às normas clássicas de Responsabilidade Civil, a lei brasileira cuidou da transferência de responsabilidades pela higidez e incolumidade das cargas movimentadas sobre água no Decreto-Lei nº 116, de 25 de janeiro de 1967, divisando a responsabilidade dos transportadores, do armador e da entidade portuária. Disponível aqui: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10116.htm - Acesso em 20/02/2012.

Transferência – DT ou Declaração de Trânsito Aduaneiro – DTA, devidamente registrada na Alfândega.

A previsibilidade das quantidades e destinação das cargas movimentadas decorre, antes da normatização aduaneira, da própria norma primária disciplinadora do setor portuário: nos termos do art. 33, § 1º, inciso XI da Lei 8.630/93, *“compete à Administração do Porto, dentro dos limites da área do porto organizado, autorizar, previamente ouvidas as demais autoridades do porto, a entrada e a saída, inclusive a atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto (...)”*

Se é assim no mundo do dever-ser, no plano do ser, segundo informado pela CODEBA no bojo do Processo Administrativo 08012.005660/2003-19⁹⁶, a solicitação de atracação no Porto de Salvador segue as seguintes regras:

“A solicitação de atracação no Porto de Salvador é feita pelo agente de navegação, com uma antecedência mínima de 48 horas, em relação à chegada prevista do navio. Para tanto, ele entrega à Administração do Porto a ‘Requisição de Atracação’, com as informações de comprimento, calado, porte bruto, data e horário previstos de chegada de navio, acompanhada dos manifestos de descarga e da lista de cargas a embarcar.

Na véspera da chegada do navio, nas reuniões realizadas diariamente pela Administração do Porto, com a participação dos agentes de navegação e operadores portuários, são definidos os ‘berços’ de atracação para cada navio. Os ‘berços’ são definidos principalmente pelo calado do navio e pelo local de armazenagem da carga. O critério básico seguido pela Administração do Porto é a otimização da utilização das instalações portuárias. Procuramos designar os ‘berços’ de atracação, de forma que todos os navios esperados atraquem imediatamente na chegada. Quando isso não é possível, quando há ‘disputa’, por um determinado ‘berço’, a atracação é concedida por ordem cronológica de chegada.”

Uma vez concluída a operação de descarga da embarcação, a mercadoria destinada a armazenamento em recinto alfandegado localizado na jurisdição daquela Alfândega deverá ser imediatamente entregue ao depositário autorizado.

Portanto, o conhecimento prévio do plano de estiva e desestiva dos navios, documento enviado pelos armadores (ou empresas de navegação, que lhes representam) à Autoridade Portuária e aos operadores portuários antes mesmo da efetiva atracação das

⁹⁶ Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Processo Administrativo nº 08012.005660/2003-19 Representante: Intermarítima Terminais Ltda.; Representado: Tecon Salvador S.A. Conduta debatida: o TECON SALVADOR S.A. não estaria permitindo à Intermarítima operar em seu terminal quando o terminal público, explorado pela CODEBA e pelos operadores portuários sem áreas arrendada – e a Intermarítima, embora arrendatária de área na região do Porto, não possui todos os equipamentos da superestrutura portuária, razão pela qual, via de regra, se utiliza dos equipamentos do terminal público e pretendia que o TECON Salvador lhe dispusesse acesso ao maquinário daquele terminal quando o cais público estivesse em operação e o berço do TECON, vazio. O CADE, no caso, entendeu que a opção regulatória havia sido no sentido conceder a exploração do TECON Salvador em exclusividade, mitigando a concorrência na operação para garantir escala mínima viável às demandas do mencionado terminal.

embarcações, constitui verdadeiro mapeamento indicativo dos setores do navio e dos lotes específicos de carga containerizada que terão de ser movimentados pelo terminal, o que já permite aos operadores definir a configuração específica de esforços técnicos e operacionais que será mais adequada a imprimir eficiência produtiva à operação portuária das cargas.

Com base em tais informações, o operador pode definir quais setores do navio serão operados, quantos movimentos de maquinário serão necessários à retirada completa dos volumes, quantos caminhões deverão ser alocados na tarefa, quais locais do terminal serão mais indicados à colocação imediata das cargas, entre outras definições. De outra banda, as informações prestadas pelos recintos alfandegados, as quais também antecedem a atracação, fornecem aos operadores portuários dados identificadores das cargas que virão a ser reclamadas por si ou por transportadores a seu serviço, o que auxilia decisivamente a definição dos locais em que serão formadas as pilhas.

Desse modo, além de o operador portuário ter, com antecedência, informações suficientes para definir o arranjo de movimentos e operações necessário à rápida descarga do navio, já se encontra munido com outra série de informações suficientes para estabelecer a melhor alocação das cargas no pátio de seus terminais conforme a destinação final delas, o que só reforça a conclusão de que a alocação dos cofres de carga com base no destinatário confere maior eficiência a todo o processo operacional de seu terminal.

Caso não houvesse destinação definida previamente para a carga em contêiner ou mesmo autorização do importador para seu transporte com despacho para trânsito, o normativo aduaneiro em comento determina que o operador portuário deveria entregar a mercadoria a um dos recintos alfandegados de zona primária daquele Porto – não fazendo qualquer ressalva se o operador do terminal portuário poderia ou não “aproveitar o ensejo” conferido pela norma para já armazenar tais cargas em suas próprias instalações alfandegadas e, conseqüentemente, receber também pelo serviço de armazenagem.

A referida Comunicação de Serviço nº 06/2000, em seu item oitavo, asseverava que tais manipulações deveriam ser feitas em áreas próprias, demarcadas pela fiscalização aduaneira para esse fim. Tais áreas teriam sido definidas por meio da Portaria ALF/SDR nº 43, de 2 de maio de 2001, posteriormente substituída pela Portaria nº 34, de 6 de junho de 2002 (Anexo II). Nesses locais, os terminais de contêineres poderiam alocar as mercadorias sob regime aduaneiro de modo a não permitir que essas cargas se mesclassem às demais operadas pelo terminal.

Desse modo, garantir-se-ia que tais cargas ficariam menos suscetíveis a possíveis avarias, rompimento de lacres e quaisquer outras perturbações que pudessem oferecer risco ao seu conteúdo físico e econômico⁹⁷. Por isso, tais normas conferem, em verdade, proteção adicional aos próprios terminais de contêineres, que são responsáveis pela sorte das mercadorias desde sua descarga (na importação) ou desde o seu recebimento (na exportação) para todos os fins tributários e civis, sem prejuízo da apuração da responsabilidade criminal (crime de descaminho).

Desse modo, além de poder concentrar esforços de segurança em áreas específicas, onde estejam as cargas que requerem tratamento mais acurado, os terminais de contêineres têm seus custos de capital com operação de máquinas e homens diminuídos, na medida em que tanto o dispêndio de horas de trabalho quanto de movimentações necessárias para remoção de tais cargas é, tendencialmente, menor, por oposição ao arranjo operacional em que os cofres de carga estivessem depositados em pilhas heterogêneas ao longo do pátio do terminal .

A permanência das cargas nesses locais, no entanto, não configurara prestação de serviço de armazenagem e não poderia exceder o período de 24 (vinte e quatro) horas, conforme expressamente disposto no tópico 8.1 do mencionado ato regulamentar. Caso tal período transcorresse sem que as cargas fossem retiradas, o item 11 do referido normativo, com redação determinada pela Ordem de Serviço nº 02/2001, determina que a mercadoria fosse imediatamente armazenada por um dos recintos alfandegados da zona primária do Porto de Salvador, o que, se não cumprido, autorizaria a aplicação das penalidades previstas no item 14.

Cumprir observar que o prazo para permanência de carga em área pátio, que era, em regra, de 24 (vinte e quatro) horas, passou a ser de 48 (quarenta e oito) horas nos portos alfandegados, conforme o disposto no art. 71,§3º da Instrução Normativa nº 248, de 25 de novembro de 2002, da Secretaria da Receita Federal, que dispõe sobre a aplicação do regime de trânsito aduaneiro.

Desse modo, os recebedores de carga sujeita a esse regime especial de trânsito teriam o prazo de 48 horas para retirar as cargas da área do Porto Organizado de Salvador

⁹⁷ Convém ressaltar que ainda que ocorra falta de mercadoria por razão de alguma intercorrência durante o trânsito, não haverá prejuízo ao recolhimento dos tributos anteriormente suspensos, por força do disposto no art. 74, § 1º do Decreto-Lei nº 37/66, segundo o qual “§ 1º - A mercadoria cuja chegada ao destino não for comprovada ficará sujeita aos tributos vigorantes na data da assinatura do termo de responsabilidade.”

(especificamente, da área do terminal de contêineres em que fossem movimentadas) sem que fossem cobrados quaisquer valores a título de armazenagem. Passado esse período, aplicar-se-ia às cargas o regime de armazenagem alfandegada⁹⁸.

Além de aumentar o prazo para retirada dos contêineres destinados a outras zonas alfandegadas, permitindo uma melhor gestão dessas cargas no terminal de contêineres, a mencionada Instrução Normativa - SRF nº 248/2002 manteve a obrigação de os operadores portuários armazenarem-nas quando transcorrido o período de 48 horas sem que se houvessem a realizado a efetivação do registro e o desembaraço da declaração de trânsito.

Tendo em vista que os operadores portuários também prestam os serviços de armazenagem alfandegada, já restava clara a possibilidade de que, transcorrido o mencionado prazo regulamentar, a armazenagem viesse a ser prestada no âmbito do próprio terminal de contêineres que tivesse recebido os volumes.

Tal sistemática, que já era institucionalmente possível, foi textualmente ratificada com a edição da Portaria nº 34, de 06 de junho de 2002 (ANEXO II), exarada pela Alfândega do Porto de Salvador, que conferiu expressamente a possibilidade de que o próprio terminal de contêineres autorizado a prestar armazenagem a cargas em regime aduaneiro

⁹⁸ Por óbvio, a **postergação da retirada** das cargas não se confunde com a **postergação da entrega**: aquela hipótese decorre da omissão ou da ineficiência do recebedor de carga, enquanto essa outra decorre da conduta operacional do operador portuário que, por razões de índole técnica ou comercial, assumiria os ônus de deixar de entregar no tempo devido cargas destinadas a transporte ou armazenamento aduaneiro.

Na hipótese de **postergação da retirada** das cargas, e tão somente nela, os operadores portuários poderiam exigir o pagamento de verbas em face dos recebedores legitimados que tivessem dado causa à mora. É que, nessa hipótese, o lapso temporal excedente ao período regulamentar de 48 horas exigiria a realização dos serviços de armazenagem propriamente alfandegada, com os cuidados administrativos e as medidas de segurança típicos dessa modalidade regulada de serviço logístico.

Entretanto, nos casos em que o prazo de 48 horas não seja respeitado por contingências do próprio operador portuário, nada poderá ser oposto contra os sujeitos legitimados ao recebimento das cargas. Nessa hipótese, mantida a carga na área do operador portuário, além de não haver conversão do regime de depósito em regime de armazenagem, o operador arrendatário terá de suportar, por sua conta e risco, os custos decorrentes dos esforços e precauções necessários a evitar perdas, danos e modificações no conteúdo das mercadorias em questão até o momento em que consiga, enfim, desvencilhar-se delas, mediante a efetiva entrega a quem de direito.

Não haveria, em tal caso, qualquer obrigação de pagar em favor dos operadores portuários pelos esforços e precauções envidados para a proteção das cargas extemporaneamente mantidas em suas dependências, dado que esse lapso ocorreria por conta exclusiva das contingências a que esses operadores se expõem voluntária e regularmente no desenvolvimento normal de sua atividade comercial. Não se trata de risco imprevisto, caso fortuito, força maior, imposição unilateral superveniente da Administração ou qualquer hipótese incognoscível ou exorbitante às esferas de ação e conhecimento do operador portuário.

A **postergação da entrega** causada por contingências do próprio terminal de contêineres não pode ser, sob qualquer circunstância, oposta pelo operador portuário arrendatário em face de terceiros sob a pretensão de ressarcimento, na medida em que o próprio terminal teria dado causa à dilação da entrega. Tal conclusão é corolário do princípio jurídico que veda invocar-se em seu benefício a própria torpeza.

requisitasse à SAOPE – Seção de Operações Aduaneiras - a autorização para realizar a armazenagem das cargas destinadas aos depositários que não tivessem comparecido para recebimento no período determinado.

Além dessa inovação, a mencionada Portaria nº 34/2002, da Alfândega do Porto de Salvador, demarcou as áreas destinadas à movimentação de cargas destinadas a outros depósitos alfandegados, não tornando obrigatória, no entanto, a utilização dessas mesmas áreas para o manejo de tais cargas. Nesse sentido, o art. 1º, § 3º da aludida Portaria permitiu ao operador portuário administrador de recinto alfandegado na zona primária do Porto Organizado de Salvador, em suas próprias operações de carga e descarga de embarcações e de acordo com sua conveniência operacional, utilizar-se de sua área para movimentação das cargas sob controle aduaneiro.

Portanto, a determinação de áreas específicas para a alocação de cargas sob regime de controle aduaneiro não constituiu uma imposição unilateral imprevista e posterior da autoridade aduaneira que de qualquer modo onerasse a rotina dos terminais de contêineres e justificasse reequilíbrio econômico-financeiro.

Ao contrário, tal regulamento materializa verdadeira proteção ao operador portuário, voltada a impedir que o regime fiscal especial das cargas imponha-lhes ônus sobre a área física de seu terminal ou sobre a eficiência global de suas operações.

Assim se verifica pelo fato de que tais áreas são demarcadas fora do espaço arrendado pelos operadores portuários, de modo que não ocorrem quaisquer custos de oportunidade⁹⁹ na utilização da área dos terminais. Considerando tais áreas não são de

⁹⁹ A hipótese de atrasos na recepção das cargas destinadas a outros recintos armazenadores causados por culpa exclusiva desses agentes recebedores teria o condão de dificultar ou mesmo de inviabilizar a exploração comercial do terminal de contêineres, na medida em que o operador portuário teria impostos contra si relevantes custos de oportunidade relativos ao espaço físico de sua área arrendada, indebitamente ocupada pelos contêineres não retirados de modo tempestivo. Além dos custos de oportunidade relativos à ocupação do espaço físico do terminal, seriam infligidos custos de oportunidade operacionais, consistentes nos movimentos adicionais de máquinas necessários à organização e à alocação dessas cargas, à sua arrumação e acomodação para que as novas cargas pudessem ser operadas no terminal. O trabalho humano demandado no manejo e nas rotinas de segurança, ante os riscos de violação e de produção de avarias, seriam outros ônus em que incorreria o terminal caso tivesse de operar por tempo indeterminado as cargas a título precário de depósito até o efetivo comparecimento do representante do recinto recebedor.

Atenta ao quadro operacional e às necessidades ínsitas ao manejo de cargas sob controle aduaneiro, a Alfândega do Porto de Salvador determinou a disciplina normativa que impede a criação de incentivos à retirada postergada das cargas ou que, ao menos, eximisse os terminais portuários dessa oneração injustificada na eventual ocorrência de lapsos nas rotinas de recebimento de cargas. Em face da incontornável necessidade de disciplinar a efetiva entrega das cargas sujeitas a controle aduaneiro, de modo a impedir que tais bens econômicos permanecessem indefinidamente nas dependências dos terminais, a Autoridade Aduaneira buscou resguardar o interesse legítimo dos operadores portuários, que desempenham atividades econômicas de relevante

utilização obrigatória, os operadores portuários podem, por sua conta, risco e conveniência, manter tais cargas nos lindes de seu próprio terminal.

Caso não queiram se utilizar das áreas demarcadas pela autoridade aduaneira, restará aos terminais de contêineres realizar as rotinas de operação portuária e entrega das cargas em sua própria área arrendada, por sua conta e risco. E, ao assim fazer, não prestarão qualquer favor nem concederão qualquer benesse ao destinatário da carga, mas apenas desempenharão a tarefa operacional que se obrigaram a prestar quando de sua pré-qualificação como operadores portuários perante a Autoridade Portuária e, principalmente, por força dos contratos administrativos firmados.

A Superintendência de Portos da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, por meio de sua Gerência Geral de Gestão Operacional, manifestou-se nesse sentido por meio da Nota Informativa nº 04/2002, de 24 de junho de 2002 (fls. 355-365), que, nesse particular, consignou o seguinte:

“Anteriormente à privatização dos serviços portuários ou à atuação dos operadores portuários privados, os serviços de movimentação das mercadorias no porto, excluídos os serviços de estiva, eram prestados pela Administração Portuária, no caso a CODEBA, que cobrava como remuneração as taxas da tabela de capatazia da tarifa portuária.

No caso da importação do estrangeiro, os contêineres descarregados no porto de Salvador, em regime de trânsito aduaneiro e destinados a recintos alfandegados em zona secundária, podiam permanecer depositados na área do porto, por até 48 horas, sem cobrança de armazenagem ou qualquer outra taxa adicional.

interesse social às quais chegam a se aplicar as notas características do regime jurídico de serviço público, quando realizadas em áreas arrendadas nos terminais de uso público dos portos organizados.

No caso em tela, os atos normativos da Alfândega do Porto de Salvador buscaram eximir os operadores portuários dos eventuais ônus decorrentes de dificuldades operacionais ou da pouca diligência dos recebedores de cargas na retirada dos bens a si endereçados. Para isso, tais normas determinaram que, transcorrido o prazo de 48 horas da descarga efetiva, devem os operadores portuários entregar as cargas a algum recinto alfandegado da zona primária. Por meio desse ato translativo de domínio, o operador se desincumbiria da guarda das cargas, exonerando-se dos custos e riscos decorrentes da manutenção daquelas ainda não desembaraçadas em suas áreas arrendadas.

Convém ressaltar que a proteção do operador portuário é, fundamentalmente, a lógica subjacente às disposições normativas alfandegárias que determinam o regime de armazenamento alfandegado às cargas sob controle aduaneiro não retiradas no período determinado, porquanto tais regras não se aplicam somente àquelas cargas previamente direcionadas a recintos alfandegados não-integrados, mas a toda e qualquer carga passível de controle aduaneiro que não seja retirada tempestivamente por quem esteja habilitado para seu recebimento. Desse modo, as cargas que não tenham destinação de armazenagem previamente definida, ou que não tenham sido reclamadas tempestivamente por seus recebedores, sendo eles os já especificados nas informações remetidas aos operadores pelos armadores no plano de estiva e desestiva ou aqueles portadores do Conhecimento de Embarque, deverão ser remetidas a alguns dos locais apropriados para o acondicionamento de cargas sob regime aduaneiro, aonde os recebedores efetivos das cargas poderão se dirigir para proceder à retirada das cargas. Conclui-se, portanto, que não há ineficiências – senão eficiências – econômicas impostas aos terminais de contêineres em decorrência da aplicação das normas aduaneiras.

Com a entrada dos operadores privados, e mais especificamente, com o arrendamento do TECON Salvador, a Receita Federal foi levada a baixar regulamento disciplinando procedimentos operacionais e de controle para as mercadorias de importação destinados a recintos alfandegados localizados fora da zona primária do porto. Dessa forma, foram editadas a Comunicação de Serviço nº 6/2000, de 21/11/2000, e outras Portarias posteriormente revogadas pela Portaria nº 43/2001, de 02/05/2001.

Tais documentos estabelecem critérios e procedimentos a serem observados, destacando-se os seguintes:

1. exigência de que os contêineres destinados a recintos alfandegados em zona secundária sejam descarregados e levados para uma área de transferência (área pulmão), com permanência de até 24 horas, após concluída a descarga do navio, sem incidência de taxas de armazenagem;
2. exigência de que o recinto alfandegado a que a mercadoria se destina seja informado ao operador portuário, mediante documentação competente (DT), com antecedência mínima de 12 horas ao início da descarga do navio;
3. demarcação de “áreas de transferência”, em comum acordo com a Autoridade Portuária, situadas em local de uso público, para o depósito temporário dos contêineres destinados à zona secundária;
4. demarcação posterior de ‘área de transferência’ no interior dos terminais arrendados (TECON Salvador e Intermarítima Terminais), por solicitação dos próprios terminais, com a justificativa de que a fixação dessa área dentro dos recintos arrendados resultaria na eliminação de custos adicionais acarretados pela exigência de ‘segregação dos contêineres’.

Os operadores portuários (TECON Salvador e Intermarítima Terminais) argumentam que a regulamentação editada pela Receita Federal acarreta a necessidade de serviços adicionais na operação portuária das cargas, principalmente no que diz respeito à exigência de segregação de contêineres em áreas de transferência.

Consultado a esse respeito, o Inspetor da Alfândega do Porto de Salvador esclareceu que a regulamentação teve o objetivo de obrigar apenas que as mercadorias importadas sejam mantidas em arrumação que permita sua pronta identificação, entendendo que as exigências estabelecidas podem até mesmo contribuir para organizar melhor os serviços e racionalizar movimentos, com redução de custos operacionais, ao evitar a mistura de contêineres de vários destinos que pode acarretar maior frequência de remoções na hora da entrega.

Informou ainda que, se recebesse solicitação formal, aquela Alfândega estaria disposta a alterar citada regulamentação, para dispensar a exigência de segregação dos contêineres dentro dos terminais arrendados, já que a intenção nunca foi a de criar dificuldades operacionais.

Por oportuno, cabe informar que, procurando contribuir para a eliminação de serviços ou custos adicionais, a Alfândega do Porto de Salvador já baixou a Portaria nº 34/2002, de 06/06/2002, publicada no D.O. de 17/06/2002, Seção 1, página 52, que permite ao operador portuário detentor de recinto alfandegado em zona primária colocar as mercadorias destinadas a armazenamento em zona secundária, de acordo com sua conveniência operacional, em qualquer ponto da área alfandegada que administra.”
(Destaques nossos)

O fato de a cobrança ter-se mantido após a publicação do ato normativo que tornou facultativa a utilização das áreas demarcadas, denominadas “áreas-pulmão”, demonstra que não há qualquer correspondência entre o preço estipulado em face dos concorrentes no mercado de armazenagem alfandegada e as rotinas operacionais de segregação.

Conquanto o regime aduaneiro tenha retirado qualquer necessidade de alocação de cargas destinadas a recintos alfandegados independentes em áreas específicas, os terminais de contêineres mantiveram as cobranças por serviços alegadamente adicionais, sob o

argumento de que ainda persistiriam exigências adicionais para o manejo das cargas sob controle aduaneiro destinadas a outros ambientes alfandegados¹⁰⁰.

Cumpra observar, nesse sentido, que a existência de controle aduaneiro é **condição de possibilidade** para o exercício de atividades de importação e exportação. Não há comércio exterior sem atuação da autoridade aduaneira, como já rezava o art. 34, incisos II e III do Decreto-Lei nº 37/66 e consoante ao que hodiernamente dispõe o art. 8º do Decreto nº 6.579, de 05 de fevereiro de 2009: “*Somente nos portos, aeroportos e pontos de fronteira alfandegados poderá efetuar-se a entrada ou a saída de mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas*”.

Em idêntico sentido, a Superintendência Regional da Receita Federal a que se vincula a Alfândega do Porto de Salvador, quando da Comunicação de Serviço nº 06, de 21 de novembro de 2000 foi taxativa ao determinar que “*2.1 Somente poderão executar as operações portuárias de movimentação e armazenagem de cargas sujeitas a controle aduaneiro os operadores portuários cadastrados na Alfândega do Porto de Salvador – ALF/PSA*”.

Para o exercício dessa competência, o Regulamento Aduaneiro, de hoje (art. 17 do Decreto nº 6.759/2009) e de ontem (art. 15 do Decreto-Lei nº 37/1966), afirma categoricamente que “*Nas áreas de portos, aeroportos, pontos de fronteira e recintos alfandegados, bem como em outras áreas nas quais se autorize carga e descarga de mercadorias, ou embarque e desembarque de viajante, procedentes do exterior ou a ele destinados, a autoridade aduaneira tem precedência sobre as demais que ali exerçam suas atribuições*”.

Ademais, toda mercadoria procedente do exterior, importada a título definitivo ou não, sujeita ou não ao pagamento do imposto de importação deverá ser submetida a despacho de importação, que será realizado com base em declaração apresentada à unidade aduaneira sob cujo controle estiver a mercadoria.

¹⁰⁰ Tal medida, entretanto não eliminou a discutida cobrança de serviços adicionais, o chamado THC2, pois os operadores alegam a existência de outros serviços ou custos vinculados à entrega das mercadorias destinadas às EADIs, tais como: 1. acompanhamento da documentação (DT) desde o seu recebimento até a efetiva entrega dos contêineres ao transportador indicado pelas EADIs; 2. necessidade de cumprir prazo máximo de 24 horas para entrega dos contêineres, o que acarreta frequente prestação de serviços em horas extraordinárias.” É o que afirma aquele setor técnico da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, a fls. 360, do multicitado processo. Cfe. Conselho Administrativo de Defesa Econômica –CADE. Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84

O despacho de importação poderá ser efetuado em zona primária ou em zona secundária e se inicia na data do registro da declaração de importação. A conferência aduaneira na importação tem por finalidade identificar o importador, verificar a mercadoria e a correção das informações relativas à natureza, classificação fiscal, quantificação e valor, além de confirmar o cumprimento de todas as obrigações, fiscais e outras, exigíveis em razão da importação.

Aplica-se, portanto, de modo indistinto a todas e quaisquer cargas nos fluxos de importação e exportação, não sendo necessárias somente às cargas que serão destinadas a armazenagem em recintos de zona secundária, mas também àquelas que serão armazenadas em zona primária, podendo sê-lo, inclusive, no terminal do Operador Portuário.

Não fosse suficiente a clareza da dicção normativa, uma breve leitura das cláusulas do Contrato de Arrendamento firmado entre o TECON Salvador S.A. e a CODEBA seria suficiente para demonstrar que o alfandegamento é obrigação ínsita à exploração das áreas e instalações portuárias dadas em arrendamento e, dessa forma, não se apresentou como obrigação exorbitante ou de qualquer modo imprevista ou imponderável.

Muito pelo contrário, a disciplina contratual é enfática e insofismável quanto à obrigatoriedade de a arrendatária sujeitar-se à autoridade aduaneira competente, por meio, inclusive, da realização do processo de alfandegamento das áreas e instalações do terminal arrendado¹⁰¹.

O diploma normativo criador das Estações Aduaneiras de Interior, nomeadamente o Decreto nº 1.910/96¹⁰² já definia o regime de armazenagem alfandegada de cargas naqueles recintos especializados. As próprias Estações Aduaneiras Interiores que exercem suas atividades na área de influência do Porto de Salvador já o faziam anteriormente à adjudicação dos terminais especializados em contêineres pelo TECON Salvador S.A.

¹⁰¹ A Cláusula Segunda, em seu parágrafo segundo, dispõe claramente que “A ARRENDATÁRIA adotará as providências necessárias ao realfandegamento dos recintos ora arrendados, junto à Alfândega do Porto de Salvador, conforme Cláusula Vigésima Quarta, Inciso XXII”. O mencionado inciso XXII da Cláusula Vigésima Quarta, na qual são arroladas as obrigações da arrendatária, determina como uma dessas obrigações “garantir e responsabilizar-se pelo realfandegamento do terminal, sendo que o prazo máximo é de 2 (dois) meses para apresentar toda a documentação à Receita Federal, a partir da data de assinatura deste Contrato”. A Cláusula Trigésima, que cogita das atividades de fiscalização, assegura, em seu parágrafo quarto, que “A ARRENDATÁRIA ficará sujeita, ainda, à fiscalização a ser exercida pelas autoridades aduaneiras, sanitárias, de saúde e outras legalmente constituídas, no âmbito de suas respectivas atribuições”. Cfe. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84 (fls. 228 e seguintes)

¹⁰² O diploma foi revogado pelo Decreto nº 4543/2002, que rege, atualmente, a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Decretos/2002/dec4543.htm>

A EADI Salvador, por exemplo, entrou em atividade em 17 de setembro de 1999; época em que a EADI Empório já atuava no mercado de armazenagem alfandegada no mercado relevante geográfico em questão desde 22 de abril de 1999. Não bastasse, a Companhia Empório de Armazéns Gerais Alfandegados já tinha atuação no mercado de armazenagem alfandegada no Estado da Bahia desde a década de 1970, foi o primeiro Terminal Retroportuário Alfandegado a atuar naquele Estado, operando a esse título desde o ano de 1990.

Além disso, as operações de transporte multimodal de cargas, reguladas pela Lei nº 9.611, de 19 de fevereiro de 1998, também já se utilizavam de mercadorias sob controle aduaneiro em suas rotinas de transporte.

As operações prestadas a cargas sob regimes aduaneiros, portanto, faziam parte da vida operacional portuária brasileira tanto de fato quanto de direito à época da elaboração do certame licitatório levado a efeito pela CODEBA para arrendamento dos terminais especializados em cargas pesadas e unitizadas e, inclusive nessa oportunidade, foi contemplado e regulado.

Em nenhum momento os operadores portuários atuam como “agentes aduaneiros”, realizando diretamente, por sua conta ou risco, a supervisão ou fiscalização aduaneira propriamente dita, como fazem crer em suas alegações. Tal atribuição compete, por força de lei, aos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, a rigor do que dispõe o art. 15, parágrafo único, do Decreto nº 6.759/09.

Os operadores de terminal de contêineres têm o dever legal de fornecer o acesso e a estrutura necessária à atuação da autoridade fiscal da Receita Federal¹⁰³. **Não é ocioso verificar que, ao invés de ser onerado, o terminal chega a ser desonerado de prestar a abertura para conferência aduaneira, item esse que é componente do serviço de capatazia, para o qual já é devidamente remunerado pela tarifa, razão pela qual a conferência¹⁰⁴.**

¹⁰³ Nesse sentido, o próprio TECON SALVADOR S.A afirmou, a fls. 1163, quando afirma que: “*Aliás, o manuseio para vistoria não ocorre no terminal portuário quando o contêiner é armazenado em recinto alfandegado, uma vez que, nessa hipótese, o início do desembarque da carga somente ocorrerá no recinto alfandegado ao qual a carga foi destinada*”. Cfe. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84

¹⁰⁴ Ademais, não foram evidenciados, de modo objetivo, os itens que comporiam os custos excepcionais em cada um desses procedimentos, sua derivação das operações prestadas a cargas destinadas às EADIs ou sua correlação econômica com o valor praticado a título de segregação. Outra evidência que milita contrariamente à licitude concorrencial da prática é verificada ante a aparente ausência de relação com custos, dada a diferença de valores praticados, que superar 100%, entre os valores cobrados pelo Tecon Salvador S.A. e pela Intermatritima

As conferências posteriores de lacres, por sua vez, visam apenas a resguardar a responsabilidade dos terminais para o caso de a unidade aduaneira de destino constatar falta ou avaria.

De mais a mais, o mero fato de que a cobrança a título de segregação ter sido iniciada ainda em **fevereiro do ano 2000**, a despeito de o regulamento da Alfândega do Porto de Salvador que cogitava das atividades de segregação em área determinada (Comunicação de Serviço nº 06/2000) ter sido exarado apenas em **21 de novembro de 2000**, demonstra, por fim, não haver qualquer conexão entre as cobranças a título de segregação e entrega, e os argumentos escorados no regime aduaneiro aplicado às cargas.

A anterioridade cronológica, legal e institucional de que o regime aduaneiro especial se reveste em relação ao processo de privatização dos terminais portuários é suficiente para afastar a alegação de que as obrigações aduaneiras consubstanciariam modificação superveniente das cláusulas contratuais, apta a justificar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento.

O regime aduaneiro não constitui, sob nenhum aspecto, álea extraordinária administrativa; antes, a regular fiscalização aduaneira é condição para que o operador portuário possa proceder ao manejo de cargas transacionadas em Comércio Internacional.

Por essa razão, os operadores portuários detém informações suficientes¹⁰⁵ a permitir que procedam de forma eficiente a seu arranjo técnico e operacional. À luz do que se verificou na inspeção feita *in locu*, não ocorre qualquer manutenção das cargas por período excepcional nas dependências do operador portuário por ação ou omissão do recebedor: ao contrário, se o prazo para entrega é excedido, não é por ser exíguo, já que não se demonstrou

Terminais Ltda. em face das EADIs (R\$ 205,00 e R\$ 98,00, respectivamente) pela prestação de serviço dito idêntico e prestado em semelhantes condições. Cfe. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84 (fls. 183 e 247/258).

¹⁰⁵ A análise da legislação aduaneira conduz à verificação de que a rotina de entrega de cargas aos recintos alfandegados não-verticalizados é obrigação legal imposta aos operadores portuários e não lhes impõe custos supostamente justificáveis por suposta imprevisibilidade da quantidade de contêineres destinados a tais recintos, circunstância que demandaria organização operacional extraordinária. A quantidade e a destinação de tais contêineres já é do conhecimento do operador portuário antes mesmo da atracação do navio, por força das informações remetidas pelas empresas de navegação à Autoridade Portuária e conforme o que preceitua o tópico 7.1 da Comunicação de Serviço nº 6, de 21 de novembro de 2000, da Alfândega do Porto de Salvador, órgão da 5ª Região Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda. (ANEXO I)

que o período de 48 horas seria de qualquer modo insuficiente para que as cargas destinadas a trânsito aduaneiro fossem devidamente postas à disposição para os consignatários.

Muito pelo contrário, o prazo de 48 horas confere prazo superior ao tempo médio necessário à realização do desembaraço para trânsito, à luz do contexto operacional havido nos portos brasileiros¹⁰⁶.

A própria evolução do controle aduaneiro, por via eletrônica, reduziu progressivamente o tempo e os procedimentos necessários à liberação das cargas pelas autoridades alfandegárias, diminuindo ainda mais os custos porventura decorrentes do controle e da liberação das cargas destinadas a armazenagem alfandegada em recintos não-integrados a operadores portuários.

Nesse sentido, a implementação do Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex)¹⁰⁷ favoreceu o controle das cargas transportadas por modal aquaviário substituindo a instrução documental pela prestação, via Internet, das informações necessárias ao cumprimento da legislação aduaneira, simplificando sobremaneira as incumbências dos operadores portuários, depositários e transportadores¹⁰⁸, que passaram a ter acesso de forma

¹⁰⁶ Nesse sentido, as informações contidas no acurado estudo “Relatório dos Portos Brasileiros – 2008”, realizado pelo Centro de Estudos de Logística da COPPEAD-UFRJ afirma que “O tempo de liberação da mercadoria na Receita Federal varia, por outro lado, de acordo com o porto em questão. No de Paranaguá, por exemplo, o órgão precisa, em média, de 32 horas para realizar o desembaraço de uma mercadoria, quase quatro vezes mais em comparação ao Porto do Rio de Janeiro, em que são necessárias 9 horas. Sessenta por cento dos terminais que operam no porto afirmam que a quantidade de funcionários da Receita em Paranaguá é adequada, mas 80% consideram que o horário de funcionamento é inadequado, inferior ao necessário. Já o Porto de Santos, maior do País em volume de carga movimentada, tem o menor tempo de desembaraço da Receita: 3 horas.” Cfe. http://www.ilos.com.br/site/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=129&Itemid=44 – Acesso em 20/02/2012

¹⁰⁷ No Brasil, o controle das operações de Comércio Exterior e de todos envolvidos nesses fluxos dá-se por intermédio do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX), instituído pelo Decreto nº 660, de 25 de setembro de 1992, e alterado pelo Decreto nº 1.408, de 2 de março de 1995, caracterizando-se como um instrumento administrativo que integra as atividades de registro, acompanhamento e controle das operações de comércio exterior, mediante fluxo único e computadorizado de informações. A informatização das operações de exportação e de importação, no Siscomex, foi implantada, respectivamente, em 1993 e em 1997 e, ao longo dos anos de implantação do sistema, sofreu aperfeiçoamentos, passando a integrar as operações de entrada e saída de mercadorias de forma mais célere e com a efetiva participação dos envolvidos nas rotinas de comércio e trânsito. Os procedimentos para cadastramento e habilitação no sistema encontram-se definidos na Portaria SRF nº 782, de 20 de junho de 1997, alterada pela Portaria SRF nº 885, de 23 de maio de 2003. Em dezembro de 2002, o SERPRO – Serviço Federal de Processamento de Dados – passou a disponibilizar o sistema Siscomex Trânsito.

¹⁰⁸ Com a implantação do Siscomex Carga e a utilização de *certificação digital* não serão mais necessárias os procedimentos de entrega manual desses documentos em papel para a SRF. Na *importação* os manifestos e conhecimentos eletrônicos informados por meio do sistema, com certificação digital, são documentos com validade para fins fiscais, substituindo completamente os documentos em papel. O Operador Portuário será o responsável pelo registro da atracação da embarcação que conseqüentemente autoriza, por parte da RFB, o início

muito mais expedita às informações que, já no contexto operacional anterior, lhes permitiam organizar sua rotina operacional de modo a atender a todos, usuários e clientes, indistintamente¹⁰⁹.

Convém notar que, em sede do Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17, já mencionado, o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva analisara afastara a existência e a oponibilidade de custos decorrentes do regime aduaneiro aos recintos alfandegados independentes. Na oportunidade, os operadores portuários sustentavam que tinham de prestar serviços de pesagem de contêineres endereçados àqueles recintos não-verticalizados, o que configuraria prestação de serviços adicionais.

Naquele caso, a autoridade fiscal manifestou o entendimento de que, a teor do art. 12 da Lei de Modernização dos Portos (Lei nº 8.630/93), *“O operador portuário é responsável, perante a autoridade aduaneira, pelas mercadorias sujeitas a controle aduaneiro, no período em que essas lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo da área do porto onde se acham depositadas ou devam transitar”*. Sustentou, ainda, que:

“[N]esse período, o operador portuário deverá tomar todas as medidas que julgar convenientes para salvaguardar sua responsabilidade perante a Autoridade Aduaneira relativamente às operações portuárias que vier a realizar, sob pena de futuramente arcar com o ônus decorrente de avarias ou extravios anteriormente produzidos na carga pelo seu cliente, o transportador marítimo. Dessa forma, (...) toda despesa que o operador portuário venha a incorrer para salvaguardar sua responsabilidade na descarga de cargas com suspeita de avaria dev[e] ser cobrada da pessoa para quem o operador portuário está prestando serviços, ou seja, o transportador marítimo, que, afinal de contas, foi o responsável pela avaria produzida (...), sendo irrelevante a existência ou não de acordos operacionais ou comerciais envolvendo os importadores e o armador”.

das operações de descarga e carga, vez que equivale à emissão do termo de entrada. O depositário, permissionário ou concessionário, que explora as atividades de armazenagem em recintos alfandegados, será o responsável pelo registro da entrega de cargas nesses locais. O depositário deverá, antes de efetuar a entrega física das cargas desembaraçadas por meio de despacho de importação (via DI ou DSI), registrá-la eletronicamente no Siscomex Carga. Este dispositivo apenas informatiza os procedimentos já executados pelos depositários. Fonte: <http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/siscomex/Carga/carga.htm>

¹⁰⁹ A modalidade **Siscomex Trânsito**, inaugurada em dezembro de 2002, veio facilitar o controle aduaneiro informatizado das cargas submetidas ao regime especial de trânsito aduaneiro de entrada, passagem ou transferência, inclusive nas operações de transporte multimodal. Como características desse sistema, destacam-se os fatos de que a) abrange todas as operações de trânsito entre todas as unidades jurisdicionadas pela Secretaria da Receita Federal; b) controla a atuação dos transportadores através de cadastros de validade informatizados, válidos em todo território nacional, firmados por meio do Termo de Responsabilidade genérico para Trânsito Aduaneiro (TRTA); c) substitui a declaração de trânsito (DT) em papel por sua declaração direta no sistema informatizado, antes mesmo da chegada da carga ao território aduaneiro; d) permite o controle eletrônico do trânsito desde o início até sua conclusão.

As afirmações de que haveria custos superiores decorrentes de controles documentais, de rotinas de segurança ou de mecanismos de securitização especificamente voltados ao manejo e à custódia das cargas destinadas aos recintos alfandegados independentes não foram adequadamente demonstradas.

No caso de Salvador, a Companhia Docas do Estado da Bahia – CODEBA informou¹¹⁰ que nunca houve regulamentação específica relativa à cobrança de valores a título de segregação e entrega de contêineres e que a CODEBA nunca cobrou valores a título de remunerar tais atividades. Ademais, afirmou que a entrega de contêineres consta **de forma inequívoca** entre os serviços remunerados pelo preço-teto fixado no edital de licitação do terminal de contêineres e que a segregação é inerente à atividade portuária. Ademais, a Autoridade Portuária sustentou que, após a descarga do navio, os contêineres são empilhados no pátio de acordo com o consignatário e a natureza da carga.

Nesse sentido, a CODEBA sustenta que os “**contêineres destinados a outros recintos alfandegados são depositados em pilhas específicas, como são todos os outros contêineres destinados a outros consignatários, inclusive aqueles que serão armazenados pelo próprio terminal de descarga**”¹¹¹.

3.2.2 – (IN)EXISTÊNCIA DE SERVIÇOS ADICIONAIS

Ainda que fosse constatada, em um juízo técnico-econômico, a existência efetiva de custos decorrentes da prestação dessas atividades de manejo de cargas sob regime aduaneiro destinadas às EADIs, caberia, antes de já buscar seu ressarcimento em face dos recebedores de carga, verificar, antes de mais nada, a relevância jurídica dessa constatação.

Dito de outro modo, seria necessário verificar se do fato de existirem, materialmente, custos adicionais na mencionada rotina operacional seguir-se-ia a criação ou modificação de direitos em favor dos operadores portuários consistente na possibilidade de

¹¹⁰ Conselho Administrativo de Defesa Econômica –CADE. Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84 - Ofício CE CGS 01/07, de 02 de janeiro de 2007 (fls. 2.067-2.070).

¹¹¹ Verifica-se que informação prestada pela Autoridade Portuária é confirmada pela representada Intermarítima Terminais, a qual afirma que, após o descarregamento, os contêineres são depositados no pátio **por lote de recebedores, de acordo com seu peso, características da carga e destino final**. Após as rotinas de movimentação vertical dos contêineres de importação, nas quais esses *boxes* são retirados dos porões ou dos conveses dos navios e içados até o cais, a separação de cargas em lotes para recebedores específicos é prática rotineira, ínsita à etapa de movimentação horizontal.

cobrança direta e unilateral em face de clientes, ou, como no caso das EADIs, de usuários dos serviços portuários dos terminais.

O regime de direito público é indissociável da exploração de áreas e instalações dos portos organizados na modalidade de uso público, a rigor do que preceitua a Lei nº 8.630/1993, em seu art. 4º, §2º, I. O contrato de arrendamento decorrente dessa modalidade possui como cláusulas essenciais as relativas, dentre outras, aos indicadores definidores da qualidade do serviço, à reversão de bens, à forma de fiscalização das instalações, à responsabilidade do titular da instalação pela inexecução ou deficiente execução dos serviços, à obrigatoriedade de prestação de informações de interesse da Administração do Porto.

Nesse sentido, não há dúvidas de que o vínculo jurídico de exploração das áreas arrendadas pelo TECON SALVADOR S.A há que se desenvolver sob o pálio das normas jurídicas de direito público, conforme expressa disposição textual. Veja-se:

‘Cláusula Quadragésima Terceira – Do Contrato de Arrendamento

Este CONTRATO regular-se-á pelas suas Cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da Teoria Geral dos Contratos e as disposições de direito privado.

Cláusula Quadragésima Quarta – Da Interpretação do Contrato de Arrendamento

As divergências acerca da aplicação de cláusulas contratuais que porventura não puderem ser sanadas por recurso às regras gerais de interpretação, resolver-se-ão hierarquicamente de acordo com os seguintes critérios:

- I. as normas da Lei Federal n.º 8.630, de 1993, prevalecem sobre quaisquer outras;
- II. as normas da Lei Federal n.º 9.491, de 1997, quando aplicáveis;
- III. as normas gerais da Lei Federal n.º 8.987, de 1995, quando aplicáveis;
- IV. as normas da Lei Federal n.º 8.666, de 1993, e suas alterações, no que forem aplicáveis ao ARRENDAMENTO.
- V. as cláusulas deste CONTRATO e os seus ANEXOS;
- VI. as regras constantes da Cláusula Quadragésima Terceira deste CONTRATO; e
- VII. as normas de procedimento do EDITAL e respectivos ANEXOS, do qual resultou este CONTRATO DE ARRENDAMENTO’

A cobrança por serviços adicionais é possível e prevista contratualmente (é dizer, no contrato administrativo de arrendamento). O serviço de armazenagem de cargas é exatamente um exemplo dos “demais serviços” de que cogita o debatido inciso XVII da Cláusula Vigésima Quarta do Contrato de Arrendamento firmado entre a Companhia Docas do Estado da Bahia e o TECON Salvador S.A. Trata-se, portanto, de serviço adicional, que pode, por beneplácito do Contrato de Arrendamento, ser contratado de forma livre entre o operador portuário e seus clientes, partes essas que avençarão entre si os termos e os preços de tal ajuste comercial, no pleno exercício de vontade livre de contratar sobre objeto lícito, mediante a forma jurídica que mais bem lhes aprouver, porquanto não prescrita nenhuma formalidade específica, ressalvadas aquelas formas defesas em lei.

Entretanto, a caracterização material de serviços prestados em caráter adicional, mediante contratação livre quanto a preços, termos e condições, deve se pautar por um requisito objetivo inexcedível: o objeto e a remuneração a que correspondam tais serviços devem ser aqueles passíveis de livre disposição de vontade pelas partes contratantes.

A contrario sensu, não pode haver coincidência entre o conteúdo prestacional dos serviços que se pretende avençar livremente e aqueles que já sejam, na parte ou no todo, da essência da definição regulatória por decorrência de previsão legal. E a ponderação de ordem essencial que aqui se faz é que o recebimento de cargas nas rotinas de importação são inexoravelmente constitutivas do elemento público (e insuscetível de regime completamente privado, entregue à livre disposição de vontades, portanto).

Em atenção mesmo à inteligência do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), **que preceitua em seu art. 104, III como requisito de validade do negócio jurídico a forma do negócio não ser prescrita ou defesa em lei**, verifica-se que, em se tratando de contrato administrativo, as suas cláusulas essenciais são objeto de definição legal e sua formalização exige a realização de ato solene entre o Poder Público e o particular. Dessarte, a liberdade de avença, típica das normas jurídicas de direito privado, quando chegam a ocorrer, têm âmbito material e formal específico, o qual não pode de qualquer modo coincidir ou se confundir com o âmbito dos serviços prestados em regime regulado pelo contrato administrativo.

Há, portanto, uma distinção essencial entre o conjunto de serviços de regulação obrigatória e de serviços passíveis de livre contratação, divisão essa que foi claramente regulada pelo Contrato de Arrendamento firmado entre TECON SALVADOR S.A. e CODEBA. Não há, portanto, ausência de disciplina regulatória ou mesmo um grau de vagueza capaz de gerar insegurança jurídica: quanto ao TECON SALVADOR S.A., a Cláusula Vigésima Quarta, que enuncia seus direitos e obrigações enquanto arrendatária.

“Cláusula Vigésima Quarta- Dos Direitos e Obrigações da Arrendatária
(...)”

XIV. os valores máximos a serem cobrados pela ARRENDATÁRIA durante os dois primeiros anos de operação são de R\$ 94,23 por contêiner movimentado e de R\$ 4,69 por tonelada de carga movimentada.

Estes valores compreendem:

- a) a utilização da infra-estrutura portuária de acesso ao TERMINAL;
- b) o fornecimento de equipamentos para movimentação de cargas;
- c) os serviços prestados em terra;
- d) o transporte, recepção ou entrega, na área do TERMINAL, de mercadoria de ou para o navio e de ou para as áreas de armazenamento, recepção ou entrega;
- e) o empilhamento/desempilhamento, cargas e descargas de mercadorias no TERMINAL; e, vigilância do TERMINAL.
- f) V. após decorridos os 2 anos de operação de que trata o item 9.3.14 os preços máximos praticados pela ARRENDATÁRIA, se alterados, deverão ser comunicados a CODEBA, que os acompanhará, exercendo seu papel de AUTORIDADE PORTUÁRIA.”

3.1.3 – (IM)POSSIBILIDADE DE ALTERÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELOS TERMINAIS ARRENDATÁRIOS

Caso os estudos que lastrearam as definições de preços-teto constantes no Edital de Licitação, nos Contratos Administrativos de Arrendamento, ou no Regulamento do Porto, não estabelecessem estipulações remuneratórias adequadas aos custos econômicos porventura incorridos pelos operadores portuários arrendatários de terminais no manejo de cargas sob regimes aduaneiros especiais, caberia a esses operadores provocarem a revisão administrativa extraordinária perante a Autoridade Portuária, a fim de se manter a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a rigor do que prescreve o art. 9º da Lei nº 8.987/1995.

Se fossem verificados custos exorbitantes ao **objeto jurídico** das avenças contratuais firmadas segundo os moldes previstos no Contrato de Arrendamento, seria de rigor reconhecer a legitimidade dos operadores portuários em ter reconhecida e provida, perante as autoridades regulatórias, a alteração do regime tarifário previsto no ordenamento jurídico-administrativo regente (contrato administrativo e regulamento do porto), a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro da exploração do bem jurídico adjudicado no certame licitatório de arrendamento, após o que os terminais passariam a ter legitimidade para efetuar cobranças, em valores e modos adequadamente regulados, em face de seus clientes a título de segregação de cargas em contêiner.

Se constatado, ao revés, que tais custos não seriam exorbitantes ao objeto jurídico dos contratos, não porque inexistentes do ponto de vista operacional, mas por já restarem contemplados na descrição de serviços tipificados e remunerados em estrita

observância das normas vigentes no Contrato de Arrendamento e no Regulamento do Porto, não haveria possibilidade jurídica de imputação desse valor em face de terceiros, porquanto completa inexistência de relação (e, portanto, de obrigação) jurídica.

O aspecto preponderante da questão fia-se, portanto, na **possibilidade jurídica de imputação** da cobrança por segregação e em seus efeitos concorrenciais no mercado considerado, e não na existência material de custos ou de operações diferenciadas.

Nesse aspecto, não constam informações de que tenham sido feitas impugnações contra o Edital de Licitação para correção, na origem, desse possível aspecto negligenciado ou não corretamente precificado pela Autoridade Portuária nos estudos de viabilidade dos arrendamentos de terminais, áreas e instalações portuárias. Ressalte-se que tais estudos são inescusáveis para realização de qualquer arrendamento portuário, conforme as disposições dos artigos 8º e 10º da Resolução nº 055-ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002. Essa norma, em seu art. 50, determinou que as Autoridades Portuárias que houvessem celebrado contratos anteriormente à edição e publicação do diploma convidassem os arrendatários a readequar seus instrumentos contratuais à nova disciplina, resguardando-lhes os direitos eventualmente adquiridos.

Não consta, no entanto, comprovação de que a Autoridade Portuária tenha convidado os arrendatários, ou que tenham sido por esses provocada, a readequar os contratos à disciplina regulatória da Resolução nº 55/2002, então vigente.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União, que, em sede da auditoria sobre o setor portuário marítimo realizada junto à Secretaria Especial de Portos (SEP) e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), no Processo TC 021.253/2008-2¹¹², oportunidade na qual afirmou¹¹³ que:

“No caso do setor portuário, os aspectos de rentabilidade do empreendimento começaram a ser trabalhados por meio da Modelagem para os estudos de viabilidade de projetos de arrendamento.

¹¹² O Tribunal de Contas da União, na mencionada auditoria, asseverou que: “Quanto à concorrência, a regulação econômica do setor está delimitada tal como se houvesse dinâmica de concorrência perfeita. A partir da metodologia desenvolvida pelo Banco Mundial para identificar a existência de comportamentos anti-concorrenciais no setor, constatou-se haver indícios de falhas concorrenciais no setor portuário e de ausência de informações suficientes para atestar, de forma fundamentada, a existência de concorrência, assim como identificar os diversos mercados do setor portuário. Esse cenário prejudica a regulação econômica e gera, como consequência, o aumento dos preços cobrados dos usuários, a redução do bem-estar social e a majoração do custo Brasil.”. Cfe. <http://3ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-de-trabalho/transportes/documentacao-setorial-1/Acordao%202896-2009.pdf>

¹¹³ Conselho Administrativo de Defesa Econômica –CADE. Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84 (fls. 2641).

Apesar disso e conquanto a Lei nº 8987/1995 e a Norma sobre Arrendamentos Portuários formulada pela ANTAQ preveja, no art. 13, IX, a inclusão no contrato de critérios para reajuste e revisão dos valores do arrendamento e, quando for o caso, dos preços máximos cobrados dos usuários, a pulverização dos entes responsáveis pelos procedimentos licitatórios e a falta de uniformidade na compreensão do setor sobre a revisão tarifária tem feito com que tais conceitos não sejam facilmente assimilados e implementados.

A conformação do setor agrega peculiaridades a esse debate. A integração entre autoridades portuárias, arrendatários e usuários nem sempre é clara visto que os valores cobrados dos usuários não são do conhecimento da Autoridade Portuária, o que dificulta o reconhecimento da receita e a aferição dos parâmetros de rentabilidade. **Não obstante as dificuldades porventura existentes, é certo que a exploração de áreas ou instalações portuárias, com o correspondente serviço público, decorrem de delegação do poder público e não podem ser livremente executados pelo particular.**”

(destaques nossos)

No caso do TECON Salvador, o próprio contrato de arrendamento prevê mecanismos periódicos de revisão ordinária, na Cláusula Décima Segunda. No caso da Intermarítima Terminais Ltda., não há previsão expressa no contrato de arrendamento de sua área nem nos termos aditivos a que se teve acesso. Fato é que não pode a disciplina das tarifas ou preços praticados na exploração das áreas e instalações portuárias a seu encargo ficar livre de peias jurídicas, ainda que não haja, no contrato de arrendamento, disciplina minuciosa.

Em sendo assim, para além das revisões ordinárias dos contratos ou de eventual arbitramento de dissensos quanto aos serviços, existe a hipótese de provocação para revisão extraordinária prevista na Portaria nº 118, de 17 de maio de 2002, do Ministério da Fazenda, que regula o processamento dos pedidos de reajuste e revisão ordinária e extraordinária das tarifas praticadas na exploração dos serviços públicos regulados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários

“O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, e considerando o disposto no art. 70, incisos I e II, da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, combinado com o disposto no art. 1º do Decreto nº 1.849, de 29 de março de 1996, no art. 24, inciso VII, e no art. 27, inciso VII, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, resolve:

Art. 1º Os reajustes e as revisões das tarifas dos serviços públicos regulados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ deverão observar os critérios estabelecidos nesta Portaria.

Art. 2º Os reajustes deverão:

- I - ser feitos com periodicidade mínima anual;
- II - basear-se nas alterações dos custos operacionais ou em índices de preços;

- III - estar discriminados nas cláusulas constantes dos contratos de concessão ou de permissão, nos atos de autorização previstos no art. 49 da Lei no 10.233, de 2001, ou nos convênios de delegação, que deverão estabelecer os pesos dos itens que compõem os custos operacionais ou que estarão vinculados a índices de preços; e
- IV - incluir a transferência de parcela dos ganhos de eficiência das empresas aos usuários.

Art. 3o As revisões ordinárias deverão:

- I - estar previstas nos contratos de concessão ou de permissão, nos atos de autorização previstos no art. 49 da Lei no 10.233, de 2001, ou nos convênios de delegação;
- II - estabelecer a receita necessária para cobrir os custos operacionais eficientes e remunerar o capital prudentemente investido; e
- III - incorporar parcela das receitas oriundas de outras fontes para fins de modicidade da tarifa.

Art. 4o As revisões extraordinárias deverão:

- I - identificar o nexo causal responsável pelo desequilíbrio econômico e financeiro nos contratos;
- II - estabelecer a receita necessária para cobrir os custos operacionais eficientes e remunerar o capital prudentemente investido; e
- III - incorporar parcela das receitas oriundas de outras fontes para fins de modicidade das tarifas.

Art. 5o A Diretoria da ANTAQ e da ANTT comunicarão ao Ministério da Fazenda, com a antecedência mínima de 15 (quinze) dias, os reajustes e revisões de tarifa, nos termos do disposto nos arts. 24, VII e 27, VII, da Lei no 10.233, de 2001, atestando o cumprimento dos critérios estabelecidos nesta Portaria na forma da planilha constante do Anexo I.

Art. 6º Os pleitos de reajuste ou revisão das tarifas dos serviços públicos regulados pela ANTT e ANTAQ com periodicidade inferior a um ano continuam sendo autorizados pelo Ministério da Fazenda.

Art. 7o Fica revogada a Portaria no 202, de 10 de julho de 2001, deste Ministério.

Art. 8o Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO SAMPAIO MALAN”

Entretanto, não constam informações aptas a comprovar de que tenham sido provocadas quaisquer dessas autoridades reguladoras com esse fim. Não constam, por consequência, termos aditivos contratuais firmados perante a Autoridade Portuária por meio dos quais fosse reconhecida a existência de procedimentos, custos ou serviços de qualquer modo adicionais decorrentes da operação de cargas destinadas a outras zonas alfandegadas. Os terminais arrendatários não buscaram o reconhecimento e a modificação definitiva da pretensa falha regulatória perante as autoridades reguladoras, vocacionadas legalmente a tal ofício, preferindo fazer tal alteração por si próprias, mediante conduta comercial unilateral.

Tal atitude, realizada ao arrepio de autorização dos entes regulatórios – e mesmo em confronto às manifestações exaradas por essas autoridades - demonstra o poder ilimitado de que os operadores portuários gozam tanto no controle das cargas por si operadas,

notadamente em relação a seus concorrentes no mercado *downstream* de armazenagem alfandegada. Mesmo a manifestação contrária à continuidade da cobrança, por parte da ANTAQ, não removeu a conduta comercial de cobrança por segregação, que tinha por escopo exatamente corrigir pretensa falha regulatória. .

O posicionamento do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, no multicitado Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17, demonstrou que a existência de custos, *per se*, não é suficiente para erodir o caráter anticompetitivo que reside no mecanismo de cobrança unilateral e discriminatória. Ainda que os valores cobrados a título de segregação equivalassem a hipotéticos custos materialmente existentes, o fato de não haver autorização regulatória para sua cobrança direta ensejaria consequências na seara antitruste. Nesse sentido, pontificou o Conselheiro:

“Isto é, e houver o entendimento de que a cobrança de um preço de segregação e entrega deva ser praticado para manter o equilíbrio econômico-financeiro dos terminais portuários, este deve ser estabelecido pela alteração contratual, e o preço máximo praticado deve ser controlado, como preço público. Atendidas estas duas condições, ou seja, alteração contratual e o preço máximo homologado pela entidade reguladora, (no caso a CODESP) tal cobrança seria permitida pela legislação de defesa da concorrência brasileira. Neste caso, o fundamento legal dessa cobrança não seria um serviço cujo preço é determinando em mercado, mas um preço público de um serviço regulado”.

(negritos no original)

Existe uma governança específica par alteração das tarifas portuárias, sob a Lei nº 8.630/93, pode ser esquematicamente assim representada:



Figura 03 – Representação Esquemática da Governança Tarifária

Não se constata, portanto, a existência de custos operacionais diferenciados entre os manejos envolvidos nas cargas destinadas à armazenagem nos terminais dos

operadores portuários em razão do regime aduaneiro. Não se constatou, de igual sorte, a existência de serviços adicionais imputáveis aos concorrentes no mercado de armazenagem alfandegada mediante autorização dos entes reguladores.

Fundamentalmente, não se constatou autorização regulatória para a imposição de custo ou serviço, de modo que, à luz do que disciplina contratual vigente, as exigências decorrentes dos regimes aduaneiros especiais não podem ser consideradas despesas excepcionais ou imprevistas e, portanto, não alteram de qualquer modo o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, visto que, nos termos da Lei nº 8.987/95, *“Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”*

A esse respeito, o Tribunal de Contas da União, por ocasião da TC 020.556/2003-5, não vislumbrando qualquer óbice à sua atuação em razão das decisões judiciais opostas pelo TECON Salvador, afirmou que:

“Tudo o que existe nos presentes autos nos leva à convicção de que, ao contrário do imaginado pelos desembargadores, os serviços de segregação de contêineres são de mesma espécie daqueles constantes do inciso XIV, “d”, da cláusula 24ª.

A TECON sustenta que, após descarregá-los em uma área comum, cada um dos contêineres é identificado e, aqueles que se destinam a outros recintos alfandegados – que não os da própria TECON – são novamente movimentados para a área de destinação própria. Essa segunda movimentação é que traz custos adicionais.

Verifica-se, claramente, das palavras da própria representada – novamente movimentados – que trata-se de operação de mesma natureza., englobada totalmente pelo inciso XIV, d: ‘o transporte, recepção ou entrega, na área do TERMINAL, de mercadorias de ou para o navio e de o para as áreas de armazenamento, recepção e entrega’.

Apodicticamente, conclui-se que a disponibilização dos contêineres em outras áreas para as EADI’s não pode ser enquadrada como atividade diversa da prevista no dispositivo transcrito, ainda que a legislação fazendária e a necessidade de eficiência das operações portuárias imponham obrigações acessórias, tais como a (sic) conferências adicionais do contêiner e da documentação ou a necessidade de disponibilização desses contêineres em um prazo mais exíguo. É princípio do direito que o acessório segue o principal. Assim, comprometendo-se a realizar o principal, a TECON obriga-se a realizar todas as atividades acessórias para a concretização daquela atividade, in casu, dentro do valor máximo de R\$ 94,23 previsto no contrato.”
(destaques nossos)

Em idêntico sentido foi exarado o Acórdão nº 2.023/2004-TCU-Plenário, cujos votos emanados dos Exmos. Ministros Adylson Motta e Benjamin Zymler, por bastante elucidativos, merecem transcrição **in verbis**:

- Excerto do Voto do Ministro Adylson Motta (relator):

“A operação que dá ensejo à chamada TCH-2 (sic) consiste, grosso modo, na identificação e movimentação dos contêineres destinados a outros recintos alfandegados, após sua descarga inicial em uma área comum, para outra área de destinação própria, em que ficam à disposição, in casu, da Eadi. Tal procedimento decorre, segundo a arrendatária, da necessidade de agilizar ao máximo a descarga dos navios, visando a reduzir a estadia das embarcações e, por conseguinte, os custos operacionais. Viabiliza-se, assim, um maior fluxo de operações portuárias, gerando maior eficiência e atraindo mais embarcações àquele porto. Destarte, os contêineres são colocados, de início e sem triagem, em área comum. Posteriormente, ocorre a sua segregação, conforme descrito acima. Essa segunda movimentação é que traria os custos adicionais incluídos na THC-2, ora questionada.

Analisando essa operação à luz das citadas disposições contratuais, não se pode negar que se trata, de fato, de um procedimento de ‘transporte, recepção ou entrega, na área do TERMINAL, de mercadorias de ou para o navio e de ou para as áreas de armazenamento, recepção ou entrega’, envolvendo operações de ‘empilhamento/desempilhamento’ de contêineres, conforme previsto, **in litteris**, na Cláusula 24ª, item XIV, letras d e e, do contrato de arrendamento. De outro lado, é forçoso reconhecer que se trata, genericamente, de um “serviço prestado em terra”, consoante disposto na letra c do mencionado item contratual. Portanto, sob esse prisma, seu valor não pode ultrapassar o parâmetro ali indicado.

Outrossim, conforme anotado pela Unidade Técnica, não se trata de serviço adicional desconhecido à época da celebração do contrato. Se assim fosse, ou seja, se essa operação decorresse de condição desconhecida e imprevisível à época da assinatura do contrato, poder-se-ia cogitar da aplicação do item XVI, da Cláusula 24ª, do termo pactuado, que prevê a revisão dos preços máximos ‘sempre que ocorrerem circunstâncias acarretadoras de alteração do equilíbrio-financeiro inicial’. Todavia, repete-se, não se trata dessa hipótese.

Importantíssimo dizer, nesse sentido, que o próprio Contrato define metas de ganho de eficiência na operação do terminal arrendado, em sua Cláusula 5ª, além de investimentos voltados à sua modernização, segundo a Cláusula 6ª do termo avençado, sem prejuízo do limite tarifário imposto na multicitada Cláusula 24ª.

(...)

Nesse passo, impõem-se algumas considerações sobre a vinculação dos contratos administrativos aos respectivos editais, à luz dos princípios que regem as licitações.

A arrendatária não pode cobrar novas taxas, não previstas no contrato, que decorram de investimentos e/ou custos adicionais voltados ao ganho de eficiência de seu processo produtivo, ainda que redundem, em última instância, em vantagem aos usuários dos serviços.

A uma, porque não se pode inovar o contrato administrativo a fim de gerar tarifas adicionais em favor da arrendatária, sob pena de afronta ao princípio da vinculação com o edital que deu origem à avença. Fácil perceber que, no curso de uma licitação, as condições do futuro contrato são decisivas para o ânimo das empresas concorrentes na formulação de suas ofertas. Condições mais vantajosas (e.g., novas tarifas) implicam, via de regra, ofertas igualmente mais vantajosas à Administração. Assim, não pode ser tolerada eventual mudança na execução do contrato de modo a favorecer a arrendatária, após a adjudicação, exceto se

comprovada sua absoluta necessidade e conveniência ao poder público e/ou eventual desequilíbrio econômico-financeiro do pacto, conforme já registrei. Agir de forma contrária é permitir que a contratada obtenha vantagens não previstas no edital, ou seja, iludir, de forma indireta, as licitantes derrotadas no certame. É dizer, trata-se de afronta direta ao princípio da vinculação ao edital e indireta ao princípio da isonomia.

A duas, porque os usuários do serviço arrendado não podem arcar com custos adicionais decorrentes de serviços novos implementados pela arrendatária, exceto se puderem optar livremente pelo uso ou não do serviço. Eventuais investimentos da arrendatária, para ganho de eficiência, traduzem-se em lucros adicionais, não justificando o repasse dos custos aos usuários (in casu, a Eadi).

Em outras palavras, ainda que essa operação de segregação seja necessária ao atingimento de padrões internacionais de eficiência na descargas de navios, isso não justifica, de per si, a cobrança de outra taxa não prevista no contrato. São movimentações inerentes à logística dos portos modernos. Como já afirmei, eventual ganho de eficiência, pela arrendatária, termina por aumentar-lhe os lucros, não podendo implicar cobranças adicionais aos usuários. Justa, portanto, a previsão contratual de impor ganhos de eficiência à arrendatária sem o repasse de custos adicionais aos usuários.”

(destaques nossos)

- Excerto do Voto do Ministro Benjamin Zymler (redator):

“9. Note-se que, ao instituir a cobrança do THC 2, tanto o Tecon Salvador quanto a Intermarítima restringiram a concorrência pela prestação de atividades ligadas ao desembarço aduaneiro. Dessa conduta dos operadores portuários podem advir prejuízos para os usuários, como, por exemplo, a redução da capacidade de escolha pelos usuários dos fornecedores de serviços de desembarço alfandegário e de armazenagem de bens importados, tendo em vista que as alternativas disponíveis reduzir-se-ão à medida que os recintos alfandegados deixem o mercado.

10. **Em face do acima exposto, fica patente que a questão central deste caso é, efetivamente, a discussão sobre a possibilidade de os operadores cobrarem o THC 2 sem infringirem as normas de proteção à livre concorrência.** “

(destaques nossos)

Não há, portanto, nem serviços nem custos adicionais ou imprevistos. Estando ou não escritas nos contratos, as exigências de respeito às normas aduaneiras, além de terem precedência sobre as demais autoridades— por expressa determinação legal — foram inoculadas no novo modelo de exploração de atividades portuárias e logísticas de modo decididamente consciente pelo Poder Público, antes mesmo do arrendamento dos terminais, sejam os do Porto de Santos, sejam os do Porto de Salvador.

Basta ver a sequência cronológica das normas aduaneiras: (i) o Decreto nº 1.910, de 25 de fevereiro de 1996, dispõe sobre a concessão e a permissão de serviços

desenvolvidos em terminais alfandegados de uso público; (ii) o Decreto nº 1.912, de 21 de maio de 1996, dispõe sobre o alfandegamento de portos organizados e instalações portuárias de uso público e de uso privativo; (iii) Decreto nº 1.990, de 29 de agosto de 1996, posterior àqueles dois, inclui a CODESP e a CODEBA no Programa Nacional de Desestatização, a partir do que é que são deflagrados os arrendamentos.

Resta, portanto, identificar sob o influxo de que incentivos agem os operadores portuários ao impor cobranças a título de segregação de contêineres e se existem eficiências que justifique.

3.4 – INCENTIVOS PARA A CONDUTA

Conforme ressaltado pelo Conselheiro Ricardo Cueva, em seu voto¹¹⁴ no Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17, a atividade privativa dos terminais portuários (movimentação de cargas) é bastante limitada em termos de fontes de faturamento, dada a limitação da própria natureza da atividade, que tem seus preços máximos definidos pelos entes reguladores. Além disso, os operadores portuários possuem limitado poder de barganha perante os armadores, o que tende a estreitar ainda mais os ganhos naquela atividade privativa de operação portuária.

A armazenagem alfandegada, no entanto, permite maior agregação de serviços, e.g.: desova de contêineres, paletização, embalagens, despacho aduaneiro, entrega *ship to door*, entrega just in time, entre outras. Desse modo, o mercado de armazenagem alfandegada permite agregar valor logístico às atividades dos agentes autorizados à prestação desse tipo de serviço.

Portanto, o ‘ônus’ que causa espécie aos terminais portuários não é o de ficar com contêineres destinados a outros locais alfandegados (ou com destino ainda incerto) por largo período, após a desestiva; ao revés, o temor dos terminais de contêineres é justamente o oposto: ser contratado apenas para as atividades de movimentação e, assim ser alijado da prestação dos serviços típicos de armazenagem (e daqueles outros, de valor agregado, que requerem que a carga esteja armazenada nos terminais).

¹¹⁴ Fonte: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000346061874.pdf - Acesso em 15/09/2012.

Dessa forma, o fato de haver integração vertical entre os mercados *upstream*, de operação portuária, e *downstream*, de armazenagem alfandegada, é o que cria uma rede de incentivos para que se busque manter as cargas nos pátios dos operadores portuários, de maneira que os serviços de armazenagem possam ser prestados diretamente nesses locais.

Tal se percebe pela mera comparação a um contexto operacional em que não houvesse integração vertical entre os aludidos mercados de operação e armazenagem: não havendo possibilidade de realizar armazenagem no pátio ou em quaisquer outras dependências do próprio terminal de contêineres, deixariam de existir quaisquer incentivos para que os operadores portuários impusessem dificuldades aos partícipes do mercado *downstream* de armazenagem alfandegada.

Tal contexto desverticalizado incrementaria relevantes incentivos para que os contêineres fossem deslocados de modo rápido e seguro para fora das dependências do terminal portuário. Nesse quadro, a permanência de cargas por longos períodos no pátio aumentaria o custo de oportunidade incorrido na ocupação física das áreas do terminal, limitando o nível ótimo da realização das atividades típicas de movimentação de contêineres.

Como resultado, ter-se-ia a elevação do custo de oportunidade dos funcionários do operador portuário e do nível de depreciação de seu maquinário, em decorrência, respectivamente, do aumento médio do número de horas trabalhadas e da série de movimentos adicionais necessários à acomodação do fluxo crescente de cargas mantidas extemporaneamente no terminal, o que, por si só, impediria ou, de qualquer modo, limitaria o ingresso de novas cargas movimentadas pelo terminal considerado.

Ainda nesse contexto, de plena desverticalização, no caso de os contêineres permanecerem dispostos em pilhas heterogêneas, além do mencionado aumento médio de custos de capital envolvido nas operações de movimentação, os riscos de ocorrência de avarias tanto aos contêineres movimentados, quanto às cargas neles contidas aumentaria significativamente. Não são necessários esforços ingentes nem dados econômicos para assim asseverar. Os demais contêineres, restantes da pilha, ficariam igualmente expostos a riscos não negligenciáveis de sofrerem avarias. Disso se constata outro incentivo relevante para o arranjo operacional levado a efeito na etapa de segregação.

Caso não existisse integração vertical entre os mercados de movimentação e armazenagem de cargas, não seria economicamente racional ou eficiente que o operador portuário mantivesse todos os contêineres mesclados em pilha única ou mesmo em pilhas

diversas, sem uma alocação baseada em índices mínimos de homogeneidade quanto ao destino final das cargas ou, quando menos, quanto à sua entrega.

Ou seja, há incentivos para racionalização, segregação e alocação homogênea das cargas que, por exemplo, sejam de propriedade de um mesmo importador; ou que sejam transportadas por uma mesma empresa especializada; que sejam destinadas a uma mesma região geográfica; ou que sejam, ao cabo, destinadas a um mesmo centro de armazenagem.

Independentemente das circunstâncias que determinassem a alocação homogênea, a quantidade de horas-máquina e de horas-homem necessárias à segregação e entrega de um lote específico de contêineres seria rigorosamente menor caso tais unidades não estivessem espalhadas ao longo do pátio do terminal, por entre pilhas diferentes ou numa mesma pilha de contêineres indistintamente dispostos, mas sim quando estes mesmos contêineres estivessem aglutinados de forma a serem facilmente identificados e eficientemente movimentados para o cumprimento da etapa de entrega, onde se findaria a tarefa de que contratualmente se incumbira o operador portuário, bem como sua responsabilidade pela higidez das cargas, para fins cíveis, penas e fiscais.

Por tudo isso, na hipótese de inexistência de integração vertical, poderiam ser constatados incentivos não desprezíveis para que os operadores portuários realizassem a segregação, rotina operacional mais eficiente de organização e disposição de lotes de contêineres destinados a recebedores específicos, dentre os quais figuram, com destaque, os recintos alfandegados não integrados aos operadores portuários, em razão mesmo da constância e do volume de carga diuturnamente destinado àqueles centros armazenadores.

Tais incentivos tornam-se ainda maiores e não negligenciáveis à medida que aumentam tanto os volumes de carga efetivamente movimentados anualmente pelos operadores portuários – a demandar eficiência das atividades típicas de operação – quanto os volumes armazenados em recintos não integrados aos terminais – a demandar remessas cada vez maiores, em termos absolutos e relativos, a tais destinatários específicos.

Considerando a pluralidade de incentivos para a adoção da rotina de segregação num contexto em que não houvesse integração vertical entre os mercados de movimentação e armazenagem, há que se considerar os efeitos e incentivos decorrentes da configuração verticalizada entre tais mercados para o arranjo operacional empreendido nos terminais de contêineres e, mais precisamente, verificados como determinantes nas condutas das empresas cuja conduta se analisa mais proximamente.

A verticalização cria incentivos para que o operador portuário mantenha as cargas nas dependências físicas de seu terminal, a fim de que o seu serviço de armazenagem seja o escolhido pelo armador – e, indiretamente, pelo importador, que financia a escolha do pacote logístico dos serviços de navegação, movimentação e armazenagem. Tal se dá na medida em que os atrasos e dificuldades impostos (artificialmente ou não) na liberação de cargas destinadas a recintos alfandegados concorrentes no mercado de armazenagem impeçam ou limitem a atuação ótima desses *players*.

A existência de integração vertical produz um incentivo à postergação da entrega da carga: quanto maior o lapso temporal despendido até a entrega efetiva, maior a probabilidade de o serviço de armazenagem do próprio terminal ser o escolhido ou ser efetivamente prestado à carga, quando excedido o prazo de franquía concedido pela legislação aduaneira e pelo regulamento do porto organizado. A Intermarítima Terminais Ltda. informa que, decorrido o prazo de 72 horas, passa a ser cobrado, ato contínuo, o serviço de armazenagem.

Essa possibilidade, de prestação do serviço de armazenagem por decurso de prazo decorre, conforme já analisado, da legislação aduaneira e se convola como incentivo à postergação da entrega da carga por parte do operador portuário, que tem larga margem de liberdade para imputar a causa do lapso da entrega ao recebedor e, com base nisso, condicionar a liberação ao pagamento de custos em que afirme incorrer.

Alega-se que, por força da legislação aduaneira, há necessidade de alocação mais célere das cargas destinadas a outros recintos, o que seria demanda específica das cargas destinadas aos recintos alfandegados independentes. Ou seja, *a contrario sensu*, para os demais destinatários, ainda que existente volume expressivo de contêineres que justificasse a formação de pilha homogênea para diminuição dos custos operacionais e diminuição de riscos, ambos já mencionados, tal rotina não seria empreendida; não haveria, assim, o tratamento diligente por força do incentivo de manter a carga no pátio do terminal de contêineres a fim de que o serviço de armazenagem fosse ali prestado.

A argumentação do Tecon Salvador fulcra-se no entendimento de que a segregação vem atender à necessidade de entrega mais célere aos recintos não-integrados, que geraria custo adicional à rotina normal. **Há que se indagar: o que se considera rotina ‘normal’? Alegar custo adicional pressupõe custo padrão. O padrão sobre o qual os terminais de contêineres repousam o conceito de “custo normal” é aquele em que o serviço de armazenagem é realizado pelo próprio terminal de contêineres. A entrega em**

tempo comparativamente menor do que aquele prazo tido por ‘usual’ e ‘normal’ passa a ser considerada ‘adicional’, ‘extraordinária’, ‘mais custosa’, na medida em que não constitui nem possibilita a prestação do serviço de armazenagem ofertada pelo próprio terminal.

Trata-se, de qualquer modo, de um erro de perspectiva.

Tal raciocínio parte do pressuposto de que a armazenagem é (ou deveria ser) etapa acessória, decorrente e cativa dos serviços de movimentação prestados pelos operadores portuários, como se esses detivessem direito de preferência, em detrimento de outros concorrentes, para prestação daquele serviço. E há incentivos econômicos para que os terminais assim considerem – e, materialmente, para que ajam com base nessa consideração – já que a renda auferida na armazenagem é consideravelmente maior que a angariada apenas com a prestação de serviços de movimentação.

Tal pressuposto foi, inclusive, largamente defendido ao longo das manifestações das Representadas no mencionado Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84, notadamente do TECON Salvador, argumentando no sentido de a estrutura verticalizada ser a mais eficiente, não havendo razão, no contexto operacional atual, para existência dos recintos alfandegados independentes. Nesse passo, o terminal Tecon Salvador chega a sustentar¹¹⁵ que:

“Analisando o funcionamento de outros Terminais de Containers pode-se observar o não-cabimento da discussão que está sendo conduzida, inclusive quanto à absurda sugestão de separação das funções de Operação Portuária e Armazenagem, que não teria nenhuma justificativa logística, *prevalecendo somente o interesse mercadológico da concorrência*”

Nota-se, assim, que a cobrança diferenciada insere-se declaradamente como instrumento de política comercial voltado, de modo deliberado, à eliminação de concorrência no mercado de armazenagem alfandegada. Por si só, tal manifestação já demonstra o dolo direto de realizar, para além da mera assunção consciente do risco de produzir, as condutas descritas nos dispositivos da então vigente Lei nº 8.884/94, ora revogada pela Lei nº 12.529/2011, mas, nesse particular, com idêntica disciplina.

A fim de verificar se existem eficiências que, porventura, justifiquem a prática e, nesse particular, afastem o caráter anticompetitivo de tais cobranças, dado que os terminais

¹¹⁵ Conselho Administrativo de Defesa Econômica –CADE. Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84 (fls. 761).

portuários afirmam haver maior eficiência no arranjo verticalizado, passa-se a analisar a existência (ou não) de eficiências.

3.4.1 – (IN)EXISTÊNCIA DE EFICIÊNCIAS ATRIBUÍVEIS À CONDUTA

Adicionalmente, não se constata qualquer eficiência apta a elidir o efeito ou a potencialidade anticompetitiva da conduta em tela, à luz da sistemática adotada pela Lei de Defesa da Concorrência. Nesse sentido, leciona Calixto Salomão Filho, com os nossos destaques:

“A mudança fundamental de concepção de eficiência aparece exatamente quando são negados os pressupostos neoclássicos de maximização da riqueza global. Uma real definição dos consumidores como destinatários diretos das normas antitruste obviamente não pode restringir sua tutela à proteção do interesse da maximização da riqueza total, independentemente de quem deva ser o seu beneficiário. Se assim fosse, não seria necessário mencionar os interesses dos consumidores especificamente, bastando referir-se ao princípio maximalista neoclássico.

É necessário, então, garantir que os ganhos líquidos de escala sejam repassados aos consumidores. É essa a concepção redistributiva da eficiência, ou seja, o ganho repartido com o consumidor. Ora, isso ocorrerá sempre que a instituição concorrência for preservada, ou seja, sempre que o lucro extraordinário do agente econômico for limitado pela existência de concorrentes – efetivos ou potenciais – prontos e ansiosos para arrebatar-lhe fatias do mercado.”

No controle de estruturas, em regra, os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou mesmo resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços devem ser submetidos ao escrutínio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que poderá autorizar a sua celebração desde que sejam atendidas as condições referenciadas no art. 54, §1º da Lei nº 8.884/94 (atual art. 88, §6º da Lei nº 12.529/2011) que consubstanciam a denominada “regra da razão”.

Tais condições demonstram o vetor teleológico e o conteúdo axiológico com os quais a operação de concentração econômica deve se revestir para, mesmo mitigando ou de qualquer modo suplantando o ótimo concorrencial, salvaguardar outros valores estruturantes e indissociáveis da Ordem Econômica, em concurso ativo com a proteção da concorrência. Nesse sentido, a eficiência econômica auferida pelo ato de concentração poderá ser considerada legítima se o efeito distributivo de sua realização, isto é, se as externalidades positivas por si geradas sopesarem¹¹⁶ o efeito de fechamento ou concentração acentuada de mercado decorrente da operação.

¹¹⁶ Dessarte, no controle de estruturas, a eficiência econômica pode servir para excepcionar o juízo negativo que recairia sobre atos e contratos capazes de prejudicar a livre concorrência ou de impor dominação de mercados

De outra banda, no controle de condutas, a aquisição de participação de mercado que seja **efeito** da eficiência econômica no exercício da atividade considerada deixa de configurar ilícito concorrencial. O exame da eficiência não visa a excepcionar a aplicação de sanções punitivas. Ao contrário, se decorrente do exercício legítimo da atividade econômica, tal eficiência demonstra a inexistência de ato sobre qualquer forma manifestado com o intento, quisto ou assumido, de prejudicar a livre concorrência. O aumento de participação de mercado, nesse caso, é **consequência** da eficiência econômica auferida pela firma no exercício de sua atividade sem a imposição de qualquer sorte de empecilho ou dificuldade à dinâmica concorrencial, o que descaracteriza, em tese, a própria materialidade do delito anticoncorrencial.

No caso em tela, não há comprovação de que a estrutura verticalizada seria a mais eficiente, no sentido distributivo eleito pela legislação antitruste. No máximo, aumentar-se-ia a eficiência produtiva do terminal, que apreenderia para si a propensão marginal a despendar recursos, sem a contrapartida de qualquer benefício extensível ao consumidor final de seus serviços. Ainda que o arranjo verticalizado fosse o mais eficiente (do ponto de vista produtivo, alocativo ou mesmo o social, contemplado pela regra da razão) a maior comprovação da superioridade de eficiência seria a conquista de parcela substancial do mercado pelo exercício da atividade comercial sem a utilização de qualquer expediente voltado a prejudicar a concorrência.

O economista Paulo Guilherme Farah Corrêa afirma que:

“É importante recordar também que, para caracterizar uma conduta empresarial como infração à Lei 8884/94, não é necessário que o mercado relevante, sobre o qual a conduta incide, apresente configuração produtiva socialmente ótima (ideal). Não é o mercado que deve estar sob o escrutínio antitruste, mas o efeito de determinada conduta sobre ele: o objetivo da intervenção antitruste não pode ser planejar o mercado, substituindo o processo de concorrência na definição da configuração ideal. Ao contrário, sua atribuição deve ser a de impedir estratégias empresariais que possam distorcer (mesmo que ‘ainda mais’) o funcionamento do mercado sejam implementadas”¹¹⁷

Nesse sentido, o Guia para Análise de Concentrações Econômicas Horizontais da SEAE e da SDE (Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 50, de 01 de agosto de 2001¹¹⁸), em seu item 88, esclarece que o papel da política antitruste não é o de controlar ou intervir

relevantes de bens e serviços. Leva-se em conta, num juízo prospectivo, que o aumento de bem-estar social decorrente da concentração econômica de mercado é uma eficiência que dá **causa** a sua caracterização como empreendimento não lesivo, em última análise, à concorrência.

¹¹⁷ CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-

¹¹⁸ Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao - Acesso em 20/11/2012

discricionariamente em estruturas de mercado existentes, mas garantir condições para o seu livre funcionamento e para a livre iniciativa dos agentes econômicos. Do mesmo modo, tanto o *1992 US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines*, em termos quantitativos (*safe harbors*), quanto o guia brasileiro, em termos qualitativos, estabelecem como requisito explícito para o desafio a fusões o nexo causal entre a operação analisada e o prejuízo para a concorrência. Dessarte, ambos os documentos direcionam a análise para o estudo das alterações no funcionamento do mercado decorrentes da operação em questão.

Dessa feita, é improcedente supor que a conduta examinada deva ser considerada *a priori* legal apenas com base no fato de que induziria à verticalização total das atividades, um desenho portuário alegado como o mais freqüente ou mais eficiente.

O fato de a verticalização ser predominante em alguns países atualmente não a torna automaticamente ideal para o Brasil no presente, nem implica que essa configuração será economicamente eficiente no futuro. Tampouco cabe às empresas do setor decidir qual é o melhor desenho regulatório – tarefa que, idealmente, deveria caber ao processo concorrencial e, caso isso não seja possível, aos órgãos do governo constituídos para esse fim. Por último, um questionamento fático: não há evidências para que se considere, *a priori*, que as economias associadas à verticalização e à reposição de eventuais custos incorridos na movimentação de contêineres compensem as perdas de bem-estar, estáticas e dinâmicas, derivadas da redução da competição no mercado de serviços de armazenagem alfandegada, circunstância necessária para que o THC-2 fosse considerado, de antemão, conforme à lei.

O mecanismo de cobrança direta aos recintos alfandegados não representa qualquer ganho de eficiência. Sequer eficiência produtiva para os próprios terminais de contêineres, que, em vez de receberem diretamente os valores a título de segregação no conjunto da “box rate”, têm de verificar o pagamento do preço cobrado a título de liberação para cada um dos transportadores contratados pelas EADIs, ou por outro consignatário autorizado a prestar serviços de transporte de cargas. Nesse sentido, o economista Paulo Guilherme Farah Corrêa afirmara, em seu parecer exarado no Processo Administrativo 08012.007443/99-17¹¹⁹, que:

¹¹⁹, acostados aos autos a fls.1259-1291

“De fato, uma alternativa que minimizaria os efeitos anticompetitivos seria cobrá-lo diretamente do armador que, por sua vez, ao faturar o THC ao importador já incluiria os valores correspondentes à ‘taxa de liberação’ de contêiner ou carga solta. Com efeito, essa alternativa seria inclusive menos onerosa para os OP’s, que não necessitariam lidar com diversos RA’s. Essa alternativa afigura-se perfeitamente factível, pois da mesma forma que o THC passou a ser cobrado pelos armadores aos importadores justamente para reduzir custos de transação tanto dos armadores quanto dos operadores portuários, (...), a inclusão de um serviço a mais no pacote de serviços remunerados pelo box rate, cobrado pelos OP’s aos armadores, teria a mesma racionalidade”

O modo como a cobrança é realizada e verificada, isto é, no momento da retirada de contêineres demonstra que o intuito subjacente à prática é o de opor barreiras à pronta retirada das cargas pelos recintos alfandegados. Tal mecanismo torna mais morosa a entrega das cargas, dificultando o exercício da atividade econômica dos concorrentes e simulando a existência de uma etapa adicional de controle administrativo, que pretensamente ensejaria custos de algum modo oponíveis aos recebedores, alegadamente beneficiados pelo expediente de cobrança e conferência documental¹²⁰.

Os custos para adoção de estratégia de aumento dos custos dos rivais pelos operadores portuários são praticamente nulos: envolveram, no caso, a comunicação aos armadores e aos portos secos dos valores tarifários que seriam praticados a partir do momento convenientemente definido pelos terminais de contêineres. Nesse sentido é a lição de Paulo Guilherme Farah Corrêa

“Ao contrário do que ocorre com a estratégia clássica de aumento dos custos dos rivais por input foreclosure, a cobrança do THC-2 não envolve qualquer redução de lucros no mercado de insumos para quem a adota. Primeiro porque os OP’s não precisam restringir a oferta de insumos. Segundo porque, se consideramos que os OP’s detêm capacidade de atender à quase totalidade da demanda por serviços de armazenagem alfandegada, a perda de receita provocada por uma eventual expulsão dos RA’s seria compensada por receitas advindas do crescimento das vendas de serviços alfandegados diretamente aos importadores¹²¹”

¹²⁰ Em resposta à indagação de até que valor de THC 2 os Recintos Alfandegados, em Salvador, continuariam competitivos, a Companhia Armazéns Gerais Columbia S.A. afirmou, nos autos, públicos, do Processo Administrativo nº 08012.003824/22002 (fls. 782-796), que o valor CIF do contêiner de importação que chega ao Brasil através do Porto de Salvador é de, em média, R\$ 50.000,00. Assim, considerando o fato de as partes representadas cobrarem dos Recintos Alfandegados Independentes R\$ 205,00 (Tecon Salvador S.A.) e R\$ 201,00 (Intermarítima Terminais Ltda.) por contêiner de 20 ou 40 pés, os valores pagos a título de THC 2 representam 0,41% do valor da carga, percentual esse que chega a ser quase duas vezes superior à própria renda auferida pelas tarifas médias praticadas no serviço de armazenagem por período de 10 dias pela EADI Salvador, que são de 0,25% do valor CIF do contêiner. A empresa informa ainda que as receitas auferidas por um Terminal Portuário, a título de armazenagem, representam de 10% a 15% de sua receita total e que a cobrança de THC 2 adiciona 5% a 8% a esses ganhos.

¹²¹ Nesse sentido o mencionado economista afirma que “Empresas verticalizadas que competem com rivais não-integrados no mercado de produtos finais (mercado downstream) e para quem também fornecem insumos podem achar lucrativo retrair a sua oferta no mercado upstream quando as perdas derivadas desse comportamento no upstream forem compensadas por lucros supra-normas no downstream. Em sua versão mais simples, os lucros

Os resultados decorrentes da adoção da conduta, a seu turno, são expressivos. Os lucros totais dos operadores portuários aumentam em função da redução de seus custos médios e do aumento de receita. Assim se dá porque o volume da carga efetivamente armazenada no terminal tende a se elevar e, mesmo quando as cargas não são armazenadas em seus terminais, os operadores portuários recebem aportes de recursos a título de segregação.

A permanência da cobrança por segregação poderá conduzir à redução da competição nesse mercado, culminando na eliminação de *players* na dimensão geográfica considerada, como também na diminuição de serviços e produtos ofertados redundando, em ambos os aspectos, em prejuízo ao consumidor final e na exclusiva e excludente permanência dos operadores portuários verticalmente integrados como únicos ofertantes de apenas alguns serviços de armazenagem alfandegada.

Por consequência, o aumento de barreiras à entrada no mercado de armazenagem alfandegada de cargas seria significativo na medida em que a própria existência de operadores portuários verticalizados demandaria dos novos candidatos à prestação de serviços de armazenagem a capacidade de operar de forma concomitante no mercado *upstream* de movimentação de cargas, que possui elevadas barreiras à entrada, de ordem técnica¹²² e institucional

3.5 – EFEITOS DECORRENTES DA CONDUTA

Tendo em vista a racionalidade de conduta restritiva vertical, verifica-se presente o “problema do refém”, visto que todos os recebedores de carga ficam na dependência do poder

totais da empresa integrada se elevariam porque os preços do produto final, em equilíbrio, são maiores como resultado do choque de oferta (aumento dos custos) e seus próprios custos se elevariam menos do que os de seus rivais (ou não se elevariam em absoluto). Para esse resultado, duas condições são necessárias: que a retração da oferta no mercado *upstream* eleve os preços nesse mercado e provoque um aumento substantivo nos custos dos rivais não-integrados no mercado *downstream*; e que o impacto do aumento dos custos dos rivais sobre os preços do produto final e sobre a lucratividade da divisão *downstream* da empresa verticalizada sejam elevados. No caso clássico de *input foreclosure*, esses fatores poderiam ser tratados como condições suficientes para que os preços cobrados no mercado *downstream* aumentassem, garantindo lucros supra-normais à empresa verticalizada em suas operações nesse segmento”.

¹²² O número limitado de berços para atracação de contêineres. Nessa configuração de mercado, haverá razoáveis limitações a que novos entrantes no mercado de armazenagem alfandegadas possam exercer atividades de operação portuária tendo em vista que a ampliação de terminais especializados em contêineres é fisicamente limitada, dado que a expansão da área dos cais e do calado dos berços de atracação depende de planejamento e investimentos públicos de razoável monta.

circunstancial de entrega, que pode culminar na categoria de ilícito denominada negociação compulsória, caracterizada, mais especificamente, por constituir *dependência empresarial*.

3.5.1 - DEPENDÊNCIA EMPRESARIAL

Segundo Calixto Salomão Filho, o ilícito de negociação compulsória é uma prática restritiva vertical que, sob diversas formas, produz efeitos nocivos à concorrência. Segundo o autor, a compulsão consiste na determinação das condições essenciais do negócio por uma das partes contratantes em decorrência da inexistência de alternativa economicamente viável para a outra parte, o que se materializa através da imposição de condições à realização da negociação, que, na ausência de coerção, não ocorreria. Nesse diapasão, a venda casada, a recusa de contratação e a exigência de exclusividade são apenas algumas condutas classicamente combatidas pelo Direito Antitruste que têm, como elemento comum, o caráter compulsório da negociação.

A expressiva maioria das análises econômicas das modalidades de negociação compulsória reduz as fontes de coerção ao conceito de poder econômico aferido pela verificação de poder de mercado. Ainda segundo Calixto Salomão Filho, o conceito neoclássico de poder econômico no mercado não permite a correta verificação das manifestações de coerção, cuja verdadeira fonte jurídico-concorrencial é a dependência econômica que existe entre agentes, de modo que o poder no mercado corresponde a apenas uma das possíveis fontes dessa dependência.

“A dependência reflete a **ausência de alternativas razoáveis e suficientes para o agente econômico ou consumidor sujeito à negociação**. Não se trata, portanto, de um conceito absoluto. Ao inverso do poder econômico, que compreende todos os agentes econômicos e/ou consumidores que atuam naquele determinado mercado como contraparte negocial do monopolista (compradores se este for vendedor e vice-versa), a dependência pode referir-se a um único agente econômico que, em função de sua relação específica com outro, dele se tornou dependente. Essa definição não torna e nem poderia o conceito de dependência subjetivo. **A ausência de alternativas não é determinada a partir das preferências subjetivas de um determinado agente econômico, mas baseada em casuística que permite a determinação empírica da ausência objetiva de alternativas**. Diante disso, pode-se falar em dependência absoluta (quando há vinculação de todos os agentes econômicos em um determinado mercado) e relativa (quando há vinculação específica)”¹²³ (grifos nossos).

¹²³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40, nota de rodapé.

Tal constatação é fundamental para o correto enquadramento do caráter anticompetitivo da conduta analisada, dado o fato de que a dependência econômica dos agentes concorrentes no mercado downstream de armazenagem em relação à atividade desenvolvida pelos operadores portuários no mercado upstream, que se dá com exclusividade institucionalizada, não se funda na maior ou menor participação de mercado, mas na estrita relação de dependência econômica que há entre os recebedores de cargas e os operadores portuários.

É importante observar que a possibilidade de coerção presume-se da dependência havida entre os agentes, fundada na relação econômica existente entre as atividades que desenvolvem e na comprovação empírica da inexistência objetiva de alternativas comerciais. Nos ramos de atividades comerciais em que as relações, de fato e de direito, estruturam-se de modo contínuo e habitual entre os agentes, criam-se vínculos econômicos duradouros entre as partes, em razão dos quais tal dependência recebe o atributo de empresarial, porquanto ínsita à dinâmica da atividade considerada. Nesse sentido, afirma Calixto Salomão Filho

“Em suma, o terminal portuário ocupa uma posição perante o recinto alfandegado que lhe permite impor as condições que bem entender para a entrega de contêineres. Pouco importa a participação no mercado que o terminal detenha, pois não é aí que se origina seu poder face ao recinto alfandegado. Esse poder origina-se, sim, em uma relação de fato entre eles, pela qual o último precisa receber o contêiner detido pelo primeiro”.¹²⁴

In casu, a atividade de armazenagem alfandegada de cargas tem como pressuposto material de sua realização a existência e a viabilidade de canais de acesso pelos quais as mercadorias, que são insumos da atividade de armazenagem, possam transitar. Nesse sentido, os operadores portuários são fornecedores de insumos essenciais à atividade do mercado de armazenagem alfandegada de cargas. Reforça o caráter essencial o fato de as cargas não serem substituíveis, isto é, por não haver possibilidade fática ou econômica de que o operador portuário satisfaça sua obrigação entregando carga diversa daquela efetivamente destinada ao recebedor específico, seja ele o importador, o transportador ou o recinto armazenador.

¹²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Parecer. In* Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84 (fls. 1312).

Dessarte, a cobrança da THC2 pelos terminais portuários poderia buscar atingir, alternativa ou cumulativamente, os seguintes objetivos: (i) excluir dos recintos alfandegados do mercado de armazenagem; (ii) tornar o suposto serviço de liberação de cargas uma fonte adicional de recursos para a atividade de movimentação de contêineres; (iii) aumentar os custos dos rivais, reduzindo sua competitividade e, assim, aumentar a própria participação nesse mercado mais rentável.

Na primeira hipótese, de exclusão dos recintos alfandegados do mercado, apontam-se as seguintes consequências potenciais:

- (i) Redução da variedade de serviços ofertados aos importadores, vez que os recintos alfandegados oferecem serviços diferenciados, não ofertados pelos operadores portuários na armazenagem de contêineres, dentre os quais se destacam os regimes aduaneiros suspensivos (entrepósito aduaneiro na importação e exportação, drawback, trânsito aduaneiro, admissão temporária, depósito alfandegado certificado; depósito especial alfandegado);
- (ii) Desestímulo ao processo de industrialização e modernização do Porto de Salvador, ante o aumento dos custos de transporte – já que os distritos industriais não poderiam armazenar cargas nos recintos adjacentes às suas plantas de produção – e à impossibilidade ou dificuldade para manejar cargas sob regimes suspensivos;
- (iii) Aumento de preços ao consumidor final dos serviços de armazenagem alfandegada;
- (iv) Aumento das barreiras à entrada no serviço de armazenagem alfandegada de cargas, dado que passaria a ser necessária a entrada concomitante no mercado de movimentação de cargas.

Em virtude da relevância da discussão sobre a cobrança indevida da THC2 – enfrentada em processos relativos a cobrança no Porto de Santos e no Porto de Salvador, que resultaram em decisões diametralmente distintas –, bem como da repercussão do assunto em diversos órgãos, a ANTAQ considerou que havia necessidade de expedir regulamento sobre a cobrança das taxas de movimentação portuárias.

Exposto o quadro em que se apresentou a regulação específica para o Porto de Salvador, resta analisar se a recente norma regulatória geral sobre a prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados, a Resolução ANTAQ nº 2.389 de 22 de fevereiro de 2012.

CAPÍTULO 4 – DIMENSÃO CONCORRENCIAL DA NOVA DISCIPLINA DOS SERVIÇOS DE MOVIMENTAÇÃO E ARMAZENAGEM

Antes de analisar de forma mais detida os aspectos específicos da disciplina trazida pela Resolução-ANTAQ nº 2.389, de 2012, faz-se necessária a exposição de questões referentes à interação entre a Concorrência e a Regulação. Tal se impõe para dirimir possíveis dúvidas quanto à competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em intervir em mercados regulados, principalmente quando tais mercados estão sob a tutela de outra autoridade regulatória, a quem cabe traçar o conjunto normativo ao qual o particular deve obedecer quando do exercício de sua atividade econômica.

4.1– REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA EM PERSPECTIVA

A Constituição Federal, em seu artigo 170, alça a defesa dos direitos do consumidor e da concorrência como princípios da ordem econômica a que nenhuma atividade econômica estaria imune. Segundo o professor Floriano Azevedo Marques¹²⁵:

Não há que se falar em reservas de regulação, em setores imunes à regulação geral antitruste e consumerista. A regulação setorial não caracteriza um feudo, uma área livre, isenta da incidência dos parâmetros de regulação geral. Os pressupostos que justificam a existência de uma regulação setorial, em quaisquer de suas diversas aplicações, não podem excluir os pressupostos ensejadores da regulação geral.

Exceção haveria apenas nos casos de planejamento econômico impositivo, que pressupõe uma intervenção direta do Estado na definição de metas específicas a ponto de lidar com as variáveis concorrenciais. Apenas nessas hipóteses, que demandariam, portanto, expressa manifestação legal, concebe-se a substituição do sistema concorrencial pelo sistema regulamentar, outorgando ao titular do poder regulatório poderes para influenciar nas variáveis fundamentais de orientação da vida da empresa.

Assim, com o fim de embasar as hipóteses de imunidade concorrencial a políticas públicas, a Jurisprudência do CADE adotou as doutrinas norte-americanas da Ação Política (*state action doctrine*) e do Poder Amplo (*pervasive power*).

¹²⁵ “Regulação setorial e autoridade antitruste. A importância da independência do regulador”, in Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro, Max Limonad, 2002, p. 95.

Segundo a *state action doctrine*¹²⁶, em caso de conflito das competências regulatórias setoriais com as concorrenciais, prevalece a regulação setorial sempre que (i) esta decorrer de política pública no sentido de privilegiar pressupostos de regulação setorial em prejuízo da competição e (ii) tal regulação for alvo de ativa e permanente supervisão por parte do órgão regulador setorial.

Já a *pervasive power doctrine*, conforme voto do Conselheiro Elvino Mendonça em Averiguações Preliminares nº 08012.001379/2010-28:

Refere-se às decisões tomadas pelas agências governamentais federais norte-americanas e se utiliza do mesmo raciocínio da *state action doctrine*. Dois são os casos em que haveria uma imunidade à aplicação do direito antitruste por serem os poderes conferidos às agências amplos o suficiente para afastar a competência de qualquer outro órgão. Esses casos ocorrem quando o poder conferido é extenso ou profundo o suficiente em relação às competências de defesa da concorrência.

O primeiro caso ocorre quando o poder da agência lhe é conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial, ou seja, ele é extenso o suficiente para afastar qualquer outra competência. Nesse caso, considera-se que há imunidade ao controle das autoridades antitruste porque inúteis os princípios concorrenciais, o que se observa naqueles mercados sobre os quais incide uma regulação total, como no de monopólios naturais, por exemplo.

O segundo caso ocorre quando esse poder, apesar de não ser extenso o suficiente para afastar a aplicação dos princípios concorrenciais, é profundo o bastante para aplicá-lo. Nessa hipótese, o poder conferido à agência inclui a competência para aplicar a lei antitruste e, portanto, não há porque se fazer um controle pelas autoridades de defesa da concorrência. Destaque-se que, nesse caso, para determinar de forma eficaz a profundidade dos poderes conferidos à agência, é necessário que se verifique, além da competência, a sua atuação efetiva. Para avaliação da atuação efetiva da agência, deve-se observar, em primeiro lugar, se a agência efetivamente levou em consideração os efeitos de seus atos e decisões sobre a concorrência. Além disso, é necessário que a agência seja dotada de capacidade técnica e conhecimento daquele mercado específico superiores aos da autoridade antitruste.

A exclusão da regulação concorrencial pela regulação setorial é a exceção, submetida a rigorosos critérios. Daí extrai-se que a regra é a complementaridade entre as duas formas de regulação. A complementaridade das regulações setorial e concorrencial baseia-se no fato de que, enquanto órgãos reguladores destinam-se a elaborar normas e fiscalizar sua observância em setor específico da economia, formulando políticas públicas nos limites legais, o órgão concorrencial não estabelece novas regras, mas, sob uma perspectiva geral, faz cumprir as regras contidas na legislação de defesa da concorrência.

¹²⁶ Por todos, conferir TAUFICK, Roberto D. Imunidade Parker v. Brown: Releitura das doutrinas da State Action e do Pervasive Power no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em: http://appweb2.antt.gov.br/revistaantt/ed3/_asp/ed3-artigosImunidade.asp - Acesso em 23/07/2011

Assim é por não ser objetivo da regulação setorial a substituição do sistema concorrencial, mas sim a tutela de maneira especial os interesses dos consumidores, excluindo-se o regime concorrencial apenas em casos extremos. Assim, mantendo-se, ainda que mitigada, a concorrência entre agentes de um mercado regulado, mantém-se a aplicação da regulação concorrencial e da competência da autoridade antitruste.

Dessa forma expressamente se manifestou o legislador ao, em todos os diplomas legais que disciplinam as agências reguladoras setoriais, ressaltar as competências do CADE de aplicação das normas de defesa da concorrência¹²⁷. Por conseguinte, para que

¹²⁷ Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Lei de Telecomunicações.

Artigo 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticar infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviários e terrestres.

Artigo 31. A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso.

Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil.

Artigo 6º Com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais na área da defesa e promoção da concorrência, a ANAC celebrará convênios com os órgãos e entidades do Governo Federal, competentes sobre a matéria.

Parágrafo único. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANAC tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência, deverá comunicá-lo aos órgãos e entidades referidos no caput deste artigo, para que adotem as providências cabíveis.

Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica.

Artigo 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL:

VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;

IX - zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica;

Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Institui a Agência Nacional do Petróleo.

Artigo 10. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de

uma conduta em mercado regulado seja válida e eficaz, deve estar conforme tanto às normas regulatórias setoriais quanto ao Direito da Concorrência, a menos que a atuação regulatória setorial afaste o regime da livre concorrência, conforme a *state action doctrine* e a *pervasive power doctrine*. A articulação entre a atividade de controle antitruste e de regulação setorial é complexa. Nos Estados Unidos, desenvolveram-se duas vertentes argumentativas. Floriano de Azevedo Marques Filho faz um sumário do debate nos Estados Unidos:

“A primeira, batizada de teoria da ação política (*state action doctrine*) aplica-se para a situação, freqüente no sistema americano e rara no nosso caso, em que convergem competências regulatórias setoriais pertencentes aos estados federados e a competência de controle antitruste, atribuída à União. Por essa concepção, há que se observar dois critérios para saber se prevalece ou não a regulação setorial: (i) a regulação setorial deverá decorrer de uma clara, nítida e objetiva política editada pelo ente federado no sentido de privilegiar pressupostos de regulação setorial em detrimento da competição; (ii) as metas e obrigações setoriais, que derogariam as pautas pro competição, devem ser objeto de ativa e permanentes supervisão por parte do regulador setorial. A segunda doutrina, denominada Teoria do Poder Amplo (*pervasive power*), se presta mais à articulação entre a regulação setorial e a autoridade antitruste situadas no mesmo âmbito de competências federativas (no modelo americano, em se da União). Trata-se, em verdade, de uma aplicação da Teoria da Ação Política, adaptada para fora do conflito federativo. Por essa doutrina, a competência da autoridade antitruste só seria afastada pela competência do órgão de regulação setorial em uma de duas hipóteses: (i) se o poder do órgão regulador for extenso o suficiente para elidir qualquer outra competência regulatória, inclusive concorrencial; (ii) se, apesar de não ser suficientemente extenso, ele se mostrar suficientemente profundo, detalhado e exaustivo para permitir pressupor que a não previsão de competências e matéria concorrencial cuidou de opção de quem teria competência para tanto, mas que houve por bem não fazer incidir esta espécie de regulação.¹²⁸

Insta ver se, da Resolução exarada pela ANTAQ na disciplina dos serviços (ou na disciplina de sua regulação), operou-se algum afastamento da disciplina concorrencial – seja no que diz respeito à aplicação das normas (imunização via *state action doctrine*) seja no que diz respeito à autoridade aplicadora (afastamento da função judicante do CADE via *pervasive power doctrine*)

4.2 – IMPLICAÇÕES CONCORRENCIAIS DA RESOLUÇÃO ANTAQ Nº 2.389/2012

Seguiu-se, então, um longo processo de edição desse regulamento, que envolveu a constituição de um grupo de trabalho composto por representantes do corpo

Defesa Econômica – Cade e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.

¹²⁸ “Regulação setorial e autoridade antitruste. A importância da independência do regulador”, in Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro, Max Limonad, 2002, p. 95.

técnico da agência e a submissão de uma proposta de norma a consulta pública, que culminou na publicação da supracitada norma, a qual se segue:

A PROPOSTA DE NORMA QUE ESTABELECE PARÂMETROS REGULATÓRIOS A SEREM OBSERVADOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE MOVIMENTAÇÃO E ARMAZENAGEM DE CONTÊINERES E VOLUMES, EM INSTALAÇÕES DE USO PÚBLICO, NOS PORTOS ORGANIZADOS.

CAPÍTULO I – Do objeto

Art. 1º Esta norma tem por objeto estabelecer parâmetros regulatórios para a prestação dos serviços de movimentação e de armazenagem alfandegada de contêineres e volumes em instalações de uso público, nos portos organizados, nos termos da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, bem como do art. 27, inciso IV, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e do art. 2º, inciso II, e do art. 3º, inciso IV, do Regulamento da ANTAQ, aprovado pelo Decreto nº 4.122, de 13 de fevereiro de 2002.

CAPÍTULO II Das Disposições Preliminares

Art. 2º Para os efeitos desta Norma, considera-se:

I – Autoridade Portuária: a Administração do Porto Organizado;

II – Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, explorado ou concedido pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma Autoridade Portuária;

III – Empresa de Navegação: prestador de serviço de transporte cujo objeto social é o transporte de bens e pessoas por via aquaviária;

IV – Operador Portuário: a pessoa jurídica pré-qualificada para execução de operação portuária do porto organizado;

V – Clientes ou Usuários: importadores, exportadores, consignatários, recintos alfandegários, ou empresas de navegação;

VI – Cesta de Serviços (Box Rate): preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre empresa de navegação e operador portuário, no caso da exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação;

VII – Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge – THC): ressarcimento do preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre empresa de navegação e operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação;

VIII – Recintos Alfandegados: locais declarados pela autoridade aduaneira competente, na zona primária ou na zona secundária, a fim de que neles possa ocorrer, sob controle aduaneiro, movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de:

a) mercadorias procedentes do exterior, ou a ele destinadas, inclusive sob regime aduaneiro especial;

b) bagagem de viajantes procedentes do exterior, ou a ele destinadas; e

c) remessas postais internacionais

CAPÍTULO III – Das Disposições Gerais

Art. 3º A Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge – THC) poderá ser cobrada pela empresa de navegação, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme o caso, a título de ressarcimento das despesas discriminadas no inciso VII do art. 2º, assumidas com a movimentação das cargas e pagas ao operador portuário.

Art. 4º Os serviços contemplados na Cesta de Serviços (Box Rate) são realizados pelo operador portuário, na condição de contratado da empresa de navegação, mediante remuneração livremente negociada, estabelecida em contrato de prestação de serviço ou divulgada em tabela de preços e serviços.

Art. 5º Os serviços não contemplados no Box Rate, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão as condições de prestação e remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento.

§ 1º – A autoridade portuária, em caso de conflito, arbitrará o preço dos serviços que não estiverem contemplados em tabela, nem previstos em contratos.

§ 2º – A tabela de preços de serviços disporá, necessariamente, sobre os valores máximos dos serviços não contemplados pelo Box Rate entre o porão da embarcação e o portão do terminal ou vice-versa.

Art. 6º O operador portuário, na qualidade de exploração de recinto alfandegado, bem como o explorador de recinto alfandegado que não atua na operação portuária, poderá prestar serviços de armazenagem, guarda, pesagem, transporte interno e o manuseio para realização de vistoria, consolidação e desconsolidação de contêineres e outros serviços vinculados ou decorrentes da permanência das cargas em suas instalações, mediante condições e remuneração livremente negociadas com seus clientes, usuários ou divulgadas em tabelas de preços de serviços.

Art. 7º As alterações do prazo de franquia de armazenagem, depósito transitório ou guarda de cargas devem ser precedidas de comunicação para à Autoridade Portuária, com a devida publicidade aos clientes e usuários.

CAPÍTULO IV – Das infrações e Penalidades

Art. 8º Constituem infrações passíveis de penalidades o descumprimento de quaisquer dispositivos da presente norma.

§ único - A apuração das infrações observará o devido processo legal, nos termos do que estabelecem as Normas da ANTAQ que disciplinam o procedimento de fiscalização e o processo administrativo subsequente, representadas pelas Resoluções nºs 987/08 e 858/07, ou por outras que as substituírem.

CAPÍTULO V – Das Disposições Complementares e Finais

Art. 9º O serviço de entrega de cargas na importação não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.

§ Único – A Autoridade Portuária, quando for o caso, estabelecerá o preço máximo a ser cobrado por esses serviços.

Art. 10 A armazenagem adicional e outros serviços prestados às cargas não embarcadas em navio e prazo previamente programados na exportação serão

cobrados pelo terminal ou pelo operador portuário diretamente do responsável pelo não embarque das referidas cargas.

Art. 11 Os serviços realizados para atender exigência da autoridade aduaneira, sanitária, ambiental ou correlata, quando prestados indistintamente a todas as cargas, serão incluídos no valor do Box Rate ou, se for o caso, da armazenagem, comunicando-se o fato à Autoridade Portuária no prazo mínimo de 10 (dez) dias a contar do início da cobrança ou do surgimento do evento que a motivou.

Art. 12 As tarifas que remuneram as Autoridades Portuárias pela utilização da infraestrutura portuária e aquaviária não são objeto da presente norma.

Art. 13 Esta norma entra em vigor na data de sua publicação.

FERNANDO ANTONIO BRITO FIALHO

Diretor-Geral

Desde logo, verifica-se que existe diferença entre os serviços cobertos pelo “*Terminal Handling Charge*” (THC) quando da exportação e quando da importação, não havendo uma simetria conceitual entre as etapas materiais insertas nesses círculos compreensivos, o que pode gerar impactos significativos na operação do porto e, em particular, na concorrência estabelecida entre os operadores portuários arrendatários e outras unidades portuárias. Tal se dá por a THC, na importação, não cobrir a entrega do contêiner ao dono da carga ou consignatário.

Pela redação, verifica-se que não há determinação a que o Operador Portuário se remunere tão somente por meio da THC do Armador. Com isso, consagra-se a possibilidade de cobrança de valores a título de segregação – a THC2 – em face do dono da carga ou seu consignatário.

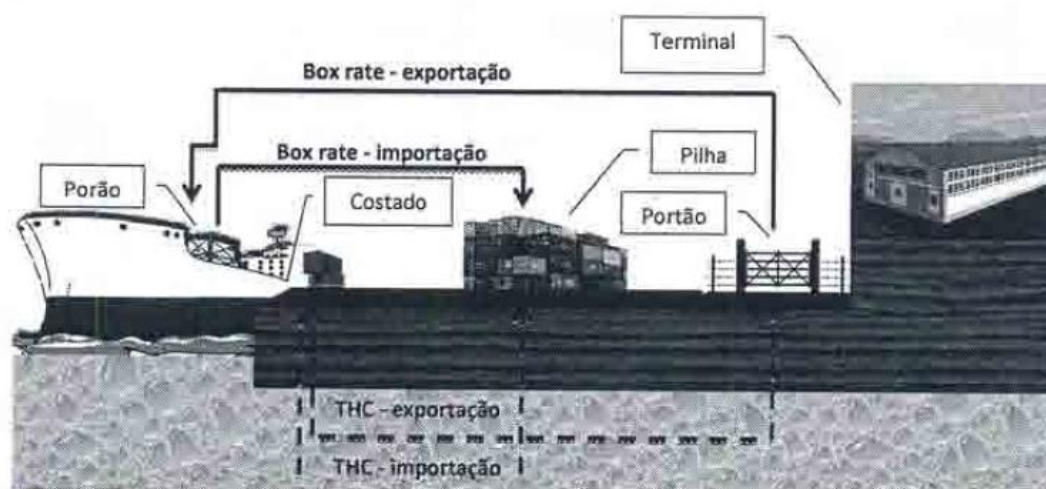
Pelo posto no art. 5º da proposta normativa, a THC2, ou outras taxas e preços, “*obedecerão condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento*”. Com isso, ou se estará em um regime de livre mercado com os Terminais detendo poder de barganha ilimitado ou haverá um tabelamento de preços, passíveis de serem aplicados a quem não tenha relação jurídica com o Operador Portuário (e em clara condição de desigualdade para prestação dos serviços de armazenagem)

Assim, observa-se que a questão tratada pela referida Resolução relevante para o presente trabalho é a extensão dos serviços cobertos pela remuneração do *Box Rate*, de responsabilidade do Armador, e da *Terminal Handling Charge*, que repassa ao importador.

Conforme salientado, o conceito adotado pelo mercado e pela legislação era o de que a *Terminal Handling Charge* (e a *Box rate*, por consequência), é equivalente à antiga taxa de capatazia, que abrange, na importação, todos os serviços de movimentação das cargas a partir do costado do navio até o porão do terminal portuário, incluindo a sua armazenagem e custódia até o momento da entrega, bem como a respectiva entrega sobre o veículo transportador do importador ou consignatário ou de Recinto indicado no conhecimento marítimo.

Assim, conforme se observa da figura abaixo, retirada do Parecer analítico sobre Regras Regulatórias nº 15/COGTL/SEAE/MF¹²⁹, a resolução procedeu ao encurtamento das movimentações remuneradas pelos preços citados:

Figura 1 – Fluxos de movimentação de contêineres e volumes



Restariam descobertos de remuneração no sentido importação, portanto, a movimentação do contêiner da pilha intermediária até o portão do terminal portuário, trecho cuja disciplina restaria entregue à condição – futura, incerta e nem sempre uniforme - do contrato de arrendamento.

Tal opção – que deixa à discricionariedade de cada autoridade portuária – contrariou, além dos entendimentos da própria área técnica da ANTAQ, a percepção e as práticas comerciais, fazendo com que diversos atores envolvidos nas rotinas de comércio internacional se insurgissem contra a minuta e, posteriormente, contra a redação final, dada a

¹²⁹ Disponível em www.seae.fazenda.gov.br - Acesso em 23/02/2013.

infrutuosidade das manifestações dissonantes não acolhidas (sem maior fundamentação pela Agência, o que sugere necessidade de melhorias no processo regulatório). Síntese dessas manifestações foi coligida no presente trabalho (ANEXO IV).

Poder-se-ia inferir, portanto, de acordo com o artigo 5º da Resolução¹³⁰, que a remuneração da retirada do contêiner da pilha intermediária e sua entrega no portão do terminal portuário seriam de responsabilidade de qualquer cliente ou usuário¹³¹ do Terminal Portuário, Recinto Alfandegado ou Armador.

Daí que, contrariando a lógica do contrato de transporte, do regime aduaneiro e das possíveis relações verticais concorrenciais, seria possível, a assim se interpretasse, impor cobranças unilaterais aos recebedores de carga, desde que assim previstas (ou possibilitadas) pelos contratos de arrendamento, ainda que não houvesse relação jurídica efetiva entre tais agentes (fato que, por si só, já depõe, formalmente, contra a força normativa de tal ato, visto que é dado aos atos administrativos normativos inovar no ordenamento jurídico criando, modificando ou extinguindo direitos contemplados por lei, conforme o art. 37 c/c art. 5, II, ambos da Constituição Federal de 1988).

Poder-se-ia, caso se entendesse que tal norma reguladora geral se constitui *política pública no sentido de privilegiar pressupostos de regulação setorial em detrimento da competição - necessário à aplicação da imunidade antitruste da state action doctrine* -, validar uma conduta já julgada pelo CADE manifestamente anticoncorrencial.

Entretanto, leitura atenta da Resolução ANTAQ nº 2.389/2012 revela que o encurtamento do *Box rate* e da *Terminal Handling Charge* não importa a transferência da responsabilidade do Armador ao importador ou seu consignatário de remunerar ao Operador Portuário a movimentação do contêiner da pilha intermediária até a entrega no portão. Essa última movimentação enquadrar-se-ia no conceito do artigo 5º da resolução de “serviços não contemplados no *Box Rate*”. Tais serviços, ainda segundo a redação, obedecerão às condições de prestação e remuneração livremente negociadas entre o cliente ou usuário do terminal que demandar ou requisitar o serviço e o Operador Portuário.

¹³⁰ Art. 5º Os serviços não contemplados no Box Rate, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão as condições de prestação e remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento.

¹³¹ Conforme artigo 2º, inciso II, da Resolução, seriam *importadores, exportadores, consignatários, recintos alfandegários, ou empresas de navegação*.

Conforme já exposto anteriormente e em diversas outras manifestações do CADE e da área técnica da ANTAQ, quem demanda a última movimentação do contêiner para entrega no portão do Terminal Portuário é o Armador, já que o contrato de transporte marítimo sob cláusula *liner terms* estabelece que sua responsabilidade pela carga termina (ou seja, é passada ao dono da carga) com a sua entrega no portão do terminal, visto que não há relação jurídica constituída entre Recintos Alfandegados e Operadores Portuários. E inexistente relação jurídica justamente pelos Recintos Alfandegados não demandarem nenhum serviço dos Operadores Portuários, inexistindo contrato.

Da mesma forma como o contexto anterior à norma em questão não excluía a imposição das normas concorrenciais, há que se verificar que a referida norma não constituiu serviço nem obrigação alguma, muito embora tenha aberto a possibilidade de que arranjos contratuais lacônicos ou contrários – e infundamentadamente contrários – às práticas comerciais praticadas no setor gerarem consequências deletérias ao consumidor e à concorrência.

Do exposto, depreende-se:

- (i) que a Resolução ANTAQ nº 2.389/2012 não decorre de política pública no sentido de privilegiar pressupostos de regulação setorial em prejuízo da competição. Isso é confirmado pela regulação não excluir a exploração comercial privada – com formação de preço, ainda que não haja um mercado de liberação de contêineres – nem a possibilidade de concorrência tanto no mercado de movimentação de contêineres quanto no mercado de armazenagem alfandegada;
- (ii) a Resolução ANTAQ nº 2.389/2012 não detém poder extenso o suficiente para afastar a competência do sistema concorrencial, conforme exposto no ponto (i) acima;
- (iii) a Resolução ANTAQ nº 2.389/2012 não detém poder profundo o suficiente para aplicar os princípios concorrenciais. Assim se aduz por a lei nº 10.223/2001, que cria a ANTAQ, estabelecer expressamente que a competência para instrução e julgamento de indícios de infração à ordem econômica é do SBDC.

Restam, assim, afastadas as hipóteses de imunidade antitruste da *state action doctrine* e da *pervasive power doctrine* da regulação específica da Resolução ANTAQ nº 2.389/2012.

Tal norma é norma de procedimento: estabelece parâmetros que devem ser seguidos pelas autoridades portuárias no exercício da regulação – não por outro motivo definem-se “parâmetros regulatórios”, que deverão ser utilizados na redação dos contratos de arrendamento futuros e na revisão dos vigentes e, sempre, observando de outras normas aplicáveis, dentre as quais as do direito civil - que regem o contrato de transporte – e as do Direito da Concorrência.

As autoridades concorrenciais deverão ter em vista tal circunstância, de que a mencionada norma regulatória nada tem de constitutiva, no sentido de preencher relações jurídicas com obrigações regulatórias: ao contrário, a referida norma deixa a descoberto uma parcela da prestação de serviços portuários, fazendo com que a competência pública, de exploração portuária, fique à mercê da negociação desigual, em vista do poder de barganha ilimitado de que se reveste o terminal.

Ao deixar a etapa de entrega, da pilha ao portão, como negociação privada incidental, conforme a sistemática de cada contrato, em vez de afastar a competência antitruste, tal norma acabou por legitimar, ainda mais, a atuação, inclusive repressiva, das autoridades antitruste.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução histórico-institucional do setor portuário no Brasil demonstra a riqueza de possibilidades jurídicas de exploração econômica desse conjunto complexo de bens, instalações e serviços que orbitam em torno da universalidade de fato que consubstancia tais empreendimentos. Desde um tratamento puramente dominial, no período colonial, sem coações em relação aos demais bens do domínio público; passou-se a um tratamento e desenvolvimento dos portos fulcrado em preocupações fiscais e alfandegárias, com vistas a arrecadar fundos para a Coroa Imperial e inserir o Brasil nas rotas de comércio internacional. Posteriormente, ao lado das preocupações alfandegárias – e sem nunca se alijar delas – a construção da disciplina portuária a partir das preocupações de logística e transporte de cargas e pessoas é bem mais recente.

A despeito de haver relevante celeuma sobre a caracterização da exploração das áreas e instalações portuárias como dos serviços públicos, fato é que, desde sua origem, a possibilidade de exploração dominial, voltada ao aproveitamento econômico do bem, sempre existiu, mas que, atualmente, a exploração dos portos, como um todo e em cada parte, consubstancia competência pública, o que impede a exploração completamente privada – ou, mais claramente, um arranjo privado de exploração egoística que despreze interesses coletivos ou, de algum modo, inviabilize a vocação funcional dos portos - isto é, altruística, voltada à realização do bem-comum, especialmente no que respeita à suas funções precípua: fazer ir e vir, por entre modais de transporte, bens e pessoas.

Sem destoar dessa conformação histórica – de sístoles e diástoles da presença estatal na exploração dos serviços e, mais amplamente, de aplicação de normas de direito público e privado nas áreas e instalações portuárias - o exame das normas e do perfil institucional das autoridades regulatórias que tem lugar nos portos permite verificar que diferentes sistemas de normas devem encontrar aplicação – sem perturbação recíproca ou antinomia, mas em cooperação: autoridades reguladoras, aduaneiras e de defesa concorrência – sem prejuízo das demais - atuam complementarmente, na medida de suas competências legais e, em sentido amplo, conforme se registrem os *atos geradores* de sua intervenção.

A partir do exame da legislação aduaneira (Regulamento Aduaneiro e normas subsequentes) e, em especial, do microssistema de normas aplicável ao Porto de Salvador, constatou-se que as etapas operacionais necessárias ao tratamento de cargas sob regimes aduaneiros especiais, no âmbito dos operadores portuários detentores de áreas e instalações arrendadas, não geram nem custos adicionais nem ensejam, do ponto de vista jurídico, serviços adicionais.

Trata-se de atividades que compõem, inexoravelmente, o núcleo das atividades portuárias e, ainda que houvesse entendimentos distintos – seja quanto à existência de custos, seja quanto à configuração de serviços - resta incólume que nem o *enforcement* privado de cobranças por serviços nem a atualização regulatória dos custos poderia ser feita, *moto proprio*, pelos operadores de terminais, dado o conflito de interesses, a ausência de competência pública para tanto e, em suma, a racionalidade anticompetitiva subjacente.

A possibilidade de convalidação de regime de depósito em armazenagem, conquanto atenda às necessidades e cautelas fiscais e aduaneiras, tem o inconveniente de, sob uma lógica de serviços competitivos sendo prestados às cargas, gerar mecanismos e comportamentos estratégicos por parte dos terminais de contêineres alfandegados, por força do que seria salutar ao ambiente concorrencial que medidas de advocacia da concorrência fossem tomadas para evitar a repetição de tal desenho normativo em outros portos e remodelar os existentes conjugando e compatibilizando as necessidades fiscais e as concorrenciais, ambas tuteladas pelo ordenamento jurídico vigente.

Independentemente da redação de cada contrato específico, as rotinas de segregação e entrega, porque decorrentes de outros instrumentos com força legal - (i) contrato de transporte, nos termos do Código Civil; (ii) legislação aduaneira, em especial; (iii) normas de defesa da concorrência – não podem autorizar a prática da cobrança, pelos terminais arrendados, da etapa da pilha ao portão em face dos recebedores de carga, os quais, nos contratos liner terms, não têm qualquer relação contratual com os terminais de contêineres, senão a relação obrigacional – e na condição de credores – da entrega das cargas no período legalmente determinado (e efetivamente possível de ser cumprido, dada a atualidade dos procedimentos e tecnologias aplicáveis às rotinas de comércio internacional e logística portuária).

É dizer: não há nem ato ilícito nem outra fonte obrigacional que fulmine a observância aos expedientes aduaneiros e, se houvesse, ou bem deveriam os terminais portuários demandar ao Poder Público – para que esse exercesse revisões ou reajustes nas tarifas – ou aos armadores, com quem efetivamente mantém relações contratuais.

Quanto à interpretação e aplicação da Resolução-ANTAQ nº 2.389/2012, há que se fazer uma *interpretação conforme* do instrumento para reconhecer que sua lógica, de norma em branco, em vez de conformar as relações do setor e trazer segurança jurídica e eficiência operacional, contrafaticamente – e não fundadamente, inclusive contra posicionamentos da área técnica e de diversos atores setoriais – aumentou os riscos de que comportamentos estratégicos tomados com base em interpretações enviesadas dos contratos de arrendamento aumentem a litigiosidade no setor, bem como incremente os custos logísticos e diminua o potencial competitivo das cadeias logísticas que dependem da interiorização da alfândega, o que pode aumentar o chamado “Custo Brasil” e fazer com que o consumidor – não apenas dos serviços de armazenagem alfandegada, mas também o final, que, ao cabo, é quem custeia o aumento dos custos da produção – saia prejudicado, com menos opções de preço, qualidade e diversificação de bens e serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal**. Ed. fac-sim. 1870. Brasília: Senado Federal, 2004. t. II, p. 441.

BESERRA, Benjamin Gallotti, **Ensaio para um Compêndio Básico de Direito Portuário**, vol. I, Brasília: Gráfica Alpha, 2005

BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Contratos de arrendamento de áreas portuárias. Cessão. Prorrogação antecipada. Exame da matéria à luz da Lei nº 8.630/93, e demais disposições legais pertinentes. Providências que se recomendam**. Em: _____. Temas de direito administrativo atual: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 345-360.

CAMPILONGO, Celso Fernandes et al (Org) **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**, Max Limonad, 2002

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GEIPOT – Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes. **A reforma portuária brasileira**. Brasília: GEIPOT, 2001.

GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24^a ed.. Rio de Janeiro, Forense, 2001

GONÇALVES, Pedro. **Direito administrativo da regulação**. Em: Regulação, eletricidade e telecomunicações: estudos de direito administrativo da regulação. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 07/67.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo:Malheiros, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Dinorá Adelaide Musetti . **Teoria dos serviços públicos e a sua transformação**. Em: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Direito administrativo econômico. 1 ed., 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37/71.

GOLDBERG, David Joshua Krepel. **Regulação do setor portuário no Brasil: Análise do Novo Modelo de Concessão dos Portos Organizados**. Dissertação (Mestrado). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____, Marçal. **O regime jurídico dos operadores de terminais portuário no Direito brasileiro**. Revista de direito público da economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2006, p. 77-124.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

LOPES FILHO, Osiris de Azevedo. **Regimes Aduaneiros Especiais** – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, Energia e Setor Elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2009

_____, Luiz Gustavo Kaercher. **Participações governamentais na indústria do petróleo: Evolução Normativa**. Porto Alegre. S.A. Fabris Editor. Porto Alegre, 2012

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica – O regime jurídico das utilidades públicas** – Ed. Fórum, 2009.

_____. Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo. Malheiros, 2002

MAYER, Giovana. **Regulação portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do Direito**. 2009. f. 51. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências administrativas, contratos de serviço público e mutabilidade regulatória**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 25, ano 7, p. 101 – 117, 2009.

_____. Egon Bockmann . **Os limites à competência normativa das agências reguladoras**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro:Forense, 2006., p. 173/220.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. **Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime na Constituição de 1988**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 145- 215, jul./set. 2012.

OCTAVIO, Rodrigo. **Do domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Acadêmica; Saraiva, 1924. p. 74.

ROCHA, Bolívar Moura. **Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência**. Revista do IBRAC, São Paulo, v.5, n.7, p. 47-58, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Caio Mario Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. v. 3. 9ª ed.. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

SOUZA JÚNIOR, Suriman Nogueira de. **Regulação Portuária: A Regulação Jurídica dos Serviços Públicos de Infra-Estrutura Portuária no Brasil**.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. 406 p

ANEXO I

5ª Região Fiscal

Alfândega do Porto de Salvador

COMUNICAÇÃO DE SERVIÇO Nº 6 , DE 21 DE NOVEMBRO DE 2000.

Estabelece normas operacionais necessárias ao controle aduaneiro da movimentação e armazenagem de cargas no Porto de Salvador.

O INSPETOR DA ALFÂNDEGA DO PORTO DE SALVADOR, no uso das atribuições que lhe são conferidas no art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 227, de 3 de setembro de 1998, e considerando o disposto no art. 36 da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e no art. 10 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 91.030, de 5 de março de 1985, *resolve*:

1. O controle aduaneiro da movimentação e armazenagem de cargas no Porto Organizado de Salvador (PORSAL) terá por base os procedimentos estabelecidos nesta Comunicação de Serviço.

Operador Portuário

2. O operador portuário, pessoa jurídica pré-qualificada para a execução de operação portuária na área do porto organizado, é responsável, perante a autoridade aduaneira, pelas mercadorias sujeitas a controle aduaneiro, no período em que essas lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo de área do porto onde se acham depositadas ou devam transitar (art. 12 da Lei nº 8.630/93).

2.1. Somente poderão executar as operações portuárias de movimentação e armazenagem de cargas sujeitas a controle aduaneiro os operadores portuários cadastrados na Alfândega do Porto de Salvador - ALF/PSA.

2.2. A inscrição no cadastro a que se refere o subitem anterior deverá ser requerida à Seção de Arrecadação, de Tecnologia e Sistemas de Informação - SAART, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - cópia do ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedade por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

II - prova de pré-qualificação como operador portuário; e

III - declaração firmada pelo representante legal da interessada, de que assume a condição de fiel depositário das mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas, no período em que essas lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo de área do porto onde se acham depositadas ou devam transitar, conforme o modelo constante do Anexo Único a esta Comunicação de Serviço.

2.3. As pessoas indicadas pelo operador portuário, para prestar as informações exigidas pela legislação aduaneira, serão autorizadas a atuar mediante credenciamento feito na SAART, a partir da apresentação do instrumento do mandato e da documentação que as qualifique.

Autorização Para Operar

3. As operações de carga, descarga ou transbordo/baldeação de veículo procedente do exterior ou ao exterior destinado só poderão ser executadas à vista de ordem, despacho ou licença, por escrito, da autoridade aduaneira.

3.1. A autorização de que trata este item será condicionada à indicação, pelo agente consignatário da embarcação, do nome do operador portuário responsável, ressalvadas as operações previstas no §1º do art. 8º da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993.

3.1.1. Para os efeitos deste subitem, deverão ser utilizados os campos próprios do formulário "Pedido de Visita e Termo de Responsabilidade", regularmente apresentado à Seção de Operações Aduaneiras - SAOPE.

3.2. Cabe ao operador portuário contratado exigir do agente marítimo responsável pela embarcação a apresentação da autorização para início das operações, a qual deverá estar acompanhada de cópia dos manifestos de carga para o porto, da relação de contêineres vazios a serem descarregados no porto e, quando for o caso, da autorização de transbordo/baldeação - todos devidamente visados pela fiscalização aduaneira.

3.3. O disposto neste item aplica-se igualmente às operações de carga e descarga de mercadorias destinadas exclusivamente a consumo e uso a bordo da embarcação, a exemplo dos materiais destinados à sua manutenção e conservação, das peças de reposição ou conserto, inclusive aquelas que devam ser objeto de reparo, dos sobressalentes e provisões de bordo e das roupas destinadas a lavanderia.

Descarga e Entrega da Mercadoria

4. A mercadoria descarregada deverá ser relacionada, pelo operador portuário, em Folha de Controle de Carga, conforme modelos aprovados pelas autoridades portuária e aduaneira.

4.1. Enquanto não aprovados os modelos de Folha de Controle de Carga, as informações relativas à descarga deverão ser registradas nos "tally sheet" atualmente utilizados pelo operador.

5. O volume que, ao ser descarregado, apresentar-se quebrado, com diferença de peso, com indícios de violação ou de qualquer modo avariado, deverá ser objeto de conserto e pesagem, fazendo-se, ato contínuo, a devida anotação no registro de descarga.

6. Cabe ao operador portuário, logo após a descarga de volume avariado, lavrar termo de avaria, que será assinado também pelo transportador e visado pela fiscalização aduaneira.

6.1. Na hipótese de o transportador não se encontrar presente ao ato ou recusar-se a assinar o termo de avaria, o operador portuário fará registro dessa circunstância em todas as vias do documento.

6.2. No primeiro dia útil subsequente à descarga, o operador portuário remeterá à SAOPE a primeira via do termo da avaria, que será juntada à documentação da embarcação.

7. Uma vez concluída a operação de descarga da embarcação, a mercadoria destinada a armazenamento em recinto alfandegado localizado na jurisdição desta Alfândega deverá ser imediatamente entregue ao depositário autorizado.

7.1. A comprovação da destinação da mercadoria para o recinto deverá ser feita até o momento da atracação da embarcação, mediante a apresentação, ao operador portuário, de um dos seguintes documentos:

I - cópia do conhecimento de carga emitido com indicação do recinto armazenador;

II - autorização do importador ou seu representante legal;

III - Declaração de Transferência - DT ou Declaração de Trânsito Aduaneiro - DTA, registrada na ALF/PSA.

7.2. Na ausência de destinação ou autorização do importador, o operador portuário entregará a mercadoria a um dos recintos alfandegados de zona primária do PORSAL.

7.3. Para os efeitos deste item, o operador portuário deverá informar aos depositários e à fiscalização aduaneira o momento do início da operação de descarga da embarcação e o local e horário previstos para a entrega das mercadorias.

7.3.1. A informação de que trata este subitem deverá ser prestada por escrito, imediatamente após o início da descarga, sendo obrigatória a sua atualização sempre que ocorrer alteração na programação de operação da embarcação.

7.4. Os depositários deverão acompanhar a operação da embarcação e se apresentar, no local e horário indicados pelo operador portuário, para o pronto recebimento das cargas que lhes são destinadas.

8. Na zona primária, a movimentação da mercadoria de que trata o item anterior deverá se processar em áreas próprias, previamente demarcadas pela fiscalização aduaneira.

8.1. A permanência da mercadoria nesses locais não configura prestação de serviço de armazenagem e não poderá exceder o prazo de vinte e quatro horas, contado do horário de entrega informado pelo operador portuário.

8.2. O depositário fica autorizado a ingressar nas áreas de que trata este item, para acompanhar a movimentação da mercadoria destinada a armazenamento em seu recinto.

8.3. A demarcação das áreas previstas neste item será feita através de ato próprio, expedido pelo Inspetor da ALF/PSA, após analisadas as indicações da Autoridade Portuária e a localização dos principais pontos de carga/descarga de embarcações do PORSAL.

9. A critério do operador portuário, a mercadoria poderá ser entregue junto ao costado da embarcação ou diretamente no recinto de zona primária a que esteja destinada, desde que em operação simultânea à descarga e que não haja incompatibilidade com a modalidade de operação contratada.

10. A mercadoria cuja destinação não tenha sido comprovada até o momento da atracação, enquanto permanecer na área de que trata o item 8, poderá ser reclamada por qualquer depositário que apresente a documentação necessária à sua retirada.

11. Decorridas as duas primeiras horas do prazo previsto no subitem 8.1., o operador portuário poderá requerer à SAOPE autorização para entregar à armazenagem as cargas destinadas aos depositários que não tenham comparecido para recebimento.

11.1. Na hipótese deste item, a SAOPE, após comprovar a omissão do depositário, poderá autorizar a entrega das mercadorias ao recinto alfandegado de zona primária indicado pelo operador portuário.

12. Para efeitos fiscais, a responsabilidade do operador portuário cessa com a entrega da mercadoria ao depositário autorizado, comprovada mediante recibo no documento de trânsito ou no que servir de base para a comprovação da sua destinação.

13. A mercadoria destinada a armazenamento em recinto alfandegado de zona secundária, mesmo que já recebida pelo depositário autorizado, só poderá sair da zona primária após o competente desembarço para trânsito.

13.1. Na hipótese de não se concluir o despacho para trânsito dentro do prazo previsto no subitem 8.1., o depositário deverá entregar a mercadoria a armazenamento em um dos recintos de zona primária do PORSAL, sob pena de aplicação da penalidade prevista no item 14.

14. A descarga da mercadoria para área não autorizada pela fiscalização aduaneira, bem como a inobservância do prazo previsto no subitem 8.1, caracterizam o não-cumprimento de formalidade essencial estabelecida para o controle aduaneiro das operações de descarga, punido com a pena de perdimento da mercadoria, de acordo com o disposto no art. 514, inciso I, do Regulamento Aduaneiro.

15. É vedado ao operador portuário condicionar a entrega das mercadorias descarregadas ao cumprimento de outros prazos ou à apresentação de documentos não previstos nesta Comunicação de Serviço.

16. A carga destinada a recinto localizado fora da jurisdição desta Alfândega poderá permanecer na área prevista no item 8, sob responsabilidade do operador portuário, enquanto aguarda o desembarço para trânsito aduaneiro.

16.1. Na hipótese de o despacho para trânsito não se concluir no prazo previsto no subitem 8.1, o operador portuário deverá providenciar a armazenagem da carga, sob pena de aplicação do disposto no item 14.

17. No primeiro dia útil após o término das operações da embarcação, o operador portuário responsável prestará à SAOPE as informações relativas às operações efetuadas, através de formulário aprovado em norma específica.

Armazenagem da Mercadoria Procedente do Exterior

18. Cabe ao depositário, no momento do recebimento, certificar-se da integridade da carga e dos dispositivos de lacração que lhe foram aplicados.

18.1. Em caso de constatação de avaria, o depositário deverá exigir uma cópia do termo de avaria lavrado pelo operador portuário, bem como consignar as devidas ressalvas no documento em que atestar o recebimento da carga.

18.1.1. Na hipótese de não existir termo de avaria, o depositário deverá providenciar a sua lavratura, cuidando para que o documento seja assinado também pelo operador portuário e visado pela fiscalização aduaneira.

18.1.2. A primeira via do termo lavrado nas condições do subitem anterior deverá ser remetida à SAOPE no primeiro dia útil subsequente ao recebimento da carga.

19. Imediatamente após a entrada da mercadoria no recinto armazenador, o depositário deverá prestar a informação relativa à sua disponibilidade, de acordo com a sistemática prevista na Instrução Normativa nº 138, de 23 de novembro de 1998, bem como efetuar os devidos registros no sistema de controle de mercadorias importadas, de que trata o item 28.

19.1. A carga recebida com ressalva só deverá ter a sua disponibilidade informada pelo depositário após a realização da vistoria aduaneira ou a dispensa desta em razão de desistência assumida pelo importador.

19.1.1. Para os efeitos deste subitem o depositário deverá exigir do importador a apresentação de cópia do termo de vistoria aduaneira ou do documento que comprove que a fiscalização dispensou a sua realização.

19.2. No caso de cargas consolidadas, a informação relativa à sua disponibilidade só deverá ser prestada à vista do formulário de desconsolidação documental, devidamente protocolizado na Alfândega.

19.2.1. Após a desconsolidação, o depositário elaborará registro complementar do conhecimento mestre, prestando as informações relativas aos conhecimentos parciais.

19.3. É obrigatória a pesagem de todas as cargas admitidas no recinto alfandegado.

20. A abertura das unidades de carga, bem como o rompimento dos dispositivos de lacração aplicados em volumes admitidos no recinto, está condicionada a prévia autorização da fiscalização aduaneira.

20.1. A autorização de que trata este item deverá ser requerida com antecedência mínima de quatro horas do horário previsto para o início da operação.

20.2. Efetivada a desunitização, o depositário deverá complementar o registro de controle da carga, informando a quantidade, espécie e marca dos volumes desunitizados, vinculados aos seus respectivos conhecimentos, bem como a existência de avarias, faltas ou acréscimos

20.2.1. Constatada avaria no curso da desunitização, o depositário providenciará a imediata lavratura do termo de avaria, que deverá ser visado pela fiscalização aduaneira.

20.2.2. O volume avariado deverá ser cintado, lacrado pela fiscalização aduaneira e isolado em local próprio do recinto alfandegado.

20.2.3. A ocorrência de faltas ou acréscimos deverá ser formalmente comunicada à fiscalização aduaneira, logo após o término da operação.

21. A entrega da mercadoria armazenada está condicionada à prévia autorização da fiscalização aduaneira, comprovada mediante a apresentação, pelo importador, do Comprovante de Importação ou documento equivalente.

21.1. Em caso de divergência entre a quantidade de volumes armazenada e a constante do Comprovante de Importação apresentado, a entrega somente poderá ser efetuada após providenciadas as devidas retificações na declaração de importação, comprovadas por documento expedido pela fiscalização aduaneira.

21.2. A autorização de entrega da mercadoria e o momento de sua efetiva saída do recinto alfandegado serão registrados, pelo depositário, no sistema de controle previsto no item 28.

Armazenagem e Embarque da Mercadoria Destinada ao Exterior

22. A admissão, no recinto alfandegado, de mercadoria destinada ao exterior será feita com base em Nota Fiscal ou em documento de trânsito.

22.1. É dispensada a apresentação de Nota Fiscal:

I - nos casos de reexportação de mercadoria importada a título não definitivo, que se encontra no País em regime aduaneiro especial ou atípico, cuja circulação seja feita:

a) sob controle aduaneiro, do recinto alfandegado em que se encontra, até o local de saída do País, através de outro documento definido em norma específica do regime;

b) com base na própria Declaração de Importação - DI de admissão no regime, quando apresentada por promotores de feiras, exposições e outros eventos semelhantes, de caráter internacional, desobrigados de Inscrição Estadual ou de emissão de Nota Fiscal, nos termos da legislação vigente; e

II - nas exportações realizadas por pessoa física em que, comprovadamente, a legislação vigente dispense a emissão do documento.

23. Cabe ao depositário informar, através de terminal conectado ao SISCOMEX, a presença da carga submetida a despacho de exportação no seu recinto.

23.1. Quando se tratar de carga unitizada, é obrigatória a informação, no Sistema, da numeração das unidades de carga utilizadas, bem como dos dispositivos de lacração aplicados.

24. O embarque da mercadoria destinada à exportação somente poderá ocorrer após o seu desembarço e conclusão da operação de trânsito aduaneiro, quando for o caso.

24.1. A entrega da mercadoria desembarçada ao operador portuário será feita mediante recibo, no qual deverá constar a data e horário do recebimento e a numeração dos dispositivos de lacração aplicados aos volumes ou unidades de carga.

24.2. Sujeita-se à aplicação da pena de perdimento, nos termos do inciso I do art. 105, do Decreto-lei nº 37, de 1966, e do inciso IV e parágrafo único do art. 23, do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, a mercadoria

embarcada ou encontrada em operação de carga, sem o cumprimento do disposto no *caput* deste item ou sem autorização, por escrito, da fiscalização aduaneira.

25. Respondem pela infração de que trata o item anterior, em conjunto com o exportador ou isoladamente, nos termos do art. 95 de Decreto-lei nº 37, de 1966, assim como pelas consequentes sanções penais e administrativas aplicáveis:

I - o depositário que liberar para embarque mercadoria não desembaraçada pela fiscalização aduaneira; e

II - o operador portuário e o transportador que realizarem operação de embarque, transbordo ou baldeação de mercadoria não desembaraçada, sem a pertinente conclusão de trânsito aduaneiro de exportação ou sem a expressa autorização da fiscalização aduaneira.

26. A mercadoria destinada ao exterior está sujeita a controle aduaneiro desde o momento da confirmação da presença da carga, no SISCOMEX, até o seu efetivo embarque.

26.1. Na hipótese de não se consumir o embarque, a mercadoria deverá ser mantida em recinto alfandegado, ficando o seu retorno ao estabelecimento do exportador condicionado à prévia e expressa autorização da fiscalização aduaneira.

26.1.1. A autorização de que trata este subitem deverá ser solicitada pelo exportador ou seu representante legal, através de requerimento instruído com cópia da Nota Fiscal de retorno e declaração do depositário, atestando a permanência da carga no recinto alfandegado.

Obrigações do Depositário

27. Nos recintos alfandegados, é vedada a armazenagem de mercadorias que não estejam sob controle aduaneiro.

27.1. Para atender situações especiais poderá ser autorizado o depósito de mercadorias nacionais ou nacionalizadas, destinadas ao mercado interno em transporte de cabotagem, em área específica do recinto, por tempo e condições determinadas pelo Inspetor da ALF/PSA.

28. O depositário deverá manter sistemas de controle de entrada, permanência e saída de pessoas, veículos, unidades de carga e mercadorias importadas ou destinadas ao exterior, em formato aprovado pela ALF/PSA.

28.1. Somente podem ingressar nos recintos onde se encontrem depositadas mercadorias sob controle aduaneiro as pessoas que ali exerçam atividades profissionais e os veículos em objeto de serviço, salvo expressa autorização da autoridade aduaneira.

29. São obrigações do depositário:

I - manter as mercadorias em arrumação que permita o fácil controle e a imediata identificação das importadas e das destinadas à exportação, as quais deverão permanecer em áreas fisicamente distintas;

II - manter invioláveis os volumes, contêineres, reboques e semi-reboques, não permitindo a retirada dos dispositivos de segurança e nem a sua abertura, sem prévia autorização da fiscalização aduaneira;

III - responder como depositário das mercadorias sob sua custódia, obedecendo às legislações comercial e aduaneira que tratam do assunto, devendo apresentá-las à fiscalização da SRF, quando exigido;

IV - responder, em caso de avaria ou extravio, pelos tributos incidentes sobre as mercadorias sob sua custódia e demais penalidades decorrentes, exigíveis na data da apuração do fato;

V - manter permanentemente atualizados e à disposição da fiscalização aduaneira os sistemas de controle previstos no item 28;

VI - garantir o livre acesso da fiscalização aduaneira a todas as dependências do estabelecimento, para que proceda aos inventários que entender necessários;

VII - manter atualizado o credenciamento dos prepostos responsáveis pelo recinto;

VIII - apresentar à SAOPE, mensalmente, o comprovante do pagamento ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento da Fiscalização - FUNDAF, instituído pelo Decreto-lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975, de acordo com o disposto no art. 4º do Decreto nº 1.912, de 21 de maio de 1996, e na Instrução Normativa nº 48, de 23 de agosto de 1996; e

IX - cumprir e fazer cumprir as disposições contidas na legislação.

Disposições Finais

30. Considera-se abandonada a mercadoria que permanecer armazenada em recinto alfandegado sem que o seu despacho se inicie no decurso dos prazos previstos nos art. 461 e 462 do Regulamento Aduaneiro.

30.1. Os veículos e as unidades de carga, assim entendidos os contêineres, reboques, semi-reboques e semelhantes e os vagões ferroviários, serão considerados abandonados após esgotado o prazo de 180 dias de permanência no recinto, contado da data de sua entrada no local.

30.2. Também se considera abandonada a mercadoria cujo despacho for interrompido durante sessenta dias, por ação ou omissão do importador.

30.3. A bagagem desacompanhada, de acordo com o disposto no art. 30 da Instrução Normativa nº 117, de 6 de outubro de 1998, será considerada abandonada caso o despacho aduaneiro não seja iniciado no prazo de noventa dias, contado da descarga, ou for interrompido por prazo superior a sessenta dias, em razão de fato imputável ao viajante.

31. No primeiro dia útil subsequente ao vencimento do prazo que caracterizar o abandono da mercadoria, veículo ou unidade de carga, o depositário comunicará a ocorrência à autoridade aduaneira local, para a adoção das providências cabíveis.

32. Os operadores portuários e os depositários deverão manter em arquivo, pelo prazo de cinco anos, toda a documentação relativa às operações de sua responsabilidade, as quais serão apresentadas à fiscalização aduaneira, quando solicitado.

33. A inobservância das normas previstas nesta Comunicação de Serviço sujeita o operador portuário às seguintes sanções administrativas:

I - advertência;

II – regime especial de fiscalização para garantir o cumprimento das normas estabelecidas pela fiscalização aduaneira;

III – suspensão da permissão para prestar serviços em recintos ou áreas alfandegadas.

33.1. Na imposição do regime de que trata o inciso II, a autoridade competente estabelecerá as obrigações e os controles a que o operador portuário estará sujeito no período em que vigorar a punição.

33.2. As sanções previstas neste item serão aplicadas pelo Inspetor da ALF/PSA, em processo cuja peça inicial será a representação formulada pelo servidor que tiver conhecimento da irregularidade ou pelo importador ou depositário prejudicado.

34. O descumprimento do disposto nos itens 4, 17, 19.1, 19.2, 20, nos incisos I, II, III, V e VI, do item 29, e no item 32 desta Comunicação de Serviço constitui embaraço à atividade de fiscalização aduaneira, sujeitando o infrator ao pagamento da multa prevista no art. 107 do Decreto-lei nº 37, de 1966, com a redação do art. 5º do Decreto-lei nº 751, de 10 de agosto de 1969, sem prejuízo da aplicação das sanções previstas no item anterior.

35. As operações processadas nas Estações Aduaneiras Interiores – EADI deverão obedecer às normas operacionais específicas, baixadas de acordo com o disposto no art. 20 da Instrução Normativa nº 55, de 23 de maio de 2000.

36. Esta Comunicação de Serviço entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de dezembro de 2000.

37. Ficam revogadas as Comunicações de Serviço nº 3, de 26 de maio de 2000, e nº 4, de 2 de junho de 2000.

MANUEL EUSTÁQUIO BRITTO RIBEIRO

ANEXO ÚNICO

TERMO DE FIEL DEPOSITÁRIO

.....(nome da empresa).....,(endereço completo)....., inscrita no CNPJ sob o nº....., neste ato legalmente representada pelo seu...(sócio/diretor/procurador), Sr.
.....(nome completo)..... portador da Carteira de Identidade nº..... e inscrito no CPF/MF sob o nº, declara assumir, para todos os efeitos legais, a condição de fiel depositário das mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas, no período em que essas lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo de área do porto onde se acham depositadas ou devam transitar, e, nessa condição, assume a responsabilidade pelos tributos e demais encargos decorrentes, apurados em relação a extravio ou avaria de mercadorias sob sua custódia, assim como por danos a elas causados nas operações realizadas por seus prepostos.

.....
(local e data)

.....
(assinatura do representante legal)

PUBLIQUE-SE:

ANEXO II

MINISTÉRIO DA FAZENDA

Secretaria da Receita Federal

Alfândega do Porto de Salvador

Portaria ALF/SDR nº 34, de 6 de junho de 2002.

Demarca áreas destinadas à movimentação de cargas, nas condições que especifica.

O INSPETOR DA ALFÂNDEGA DO PORTO DE SALVADOR, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 227 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, e considerando o disposto no inciso II, do §2º, do art. 10, do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 91.030, de 5 de março de 1985, no item 8 da Comunicação de Serviço nº 6, de 21 de novembro de 2000, e as indicações apresentadas pela Administração do Porto Organizado de Salvador, resolve:

Art. 1º - Para os efeitos do item 8 da Comunicação de Serviço nº 6, de 21 de novembro de 2000, ficam demarcadas as seguintes áreas do Porto Organizado de Salvador:

I - área nº 1: contígua ao “Cais Comercial”, com 825,05 m², localizada entre as sub-estações nº III e IV da CODEBA, conforme indicação constante do “Desenho PS00 CB00 0021 REV 1, da Coordenação de Infra-estrutura da CODEBA;

II - área nº 2: contígua ao “Cais de 12 Metros Norte”, com 4.065,43 m², localizada entre a cerca divisória do TECON/Salvador e o arruamento interno que dá acesso ao referido cais, conforme indicação constante do “Desenho PS00 CB00 0021 REV 1, da Coordenação de Infra-estrutura da CODEBA;

III - área nº 3: contígua ao “Cais de 12 Metros Norte”, com 2.689,77m², localizada entre o arruamento interno que dá acesso à zona norte do PORSAL e o muro do pátio de armazenamento de veículos construído na área permutada com a “FRIUSA”, conforme indicação constante do “Desenho PS00 CB00 0021 REV 1, da Coordenação de Infra-estrutura da CODEBA.

§1º Nas operações processadas com a utilização das áreas de que tratam os incisos I, II e III deste artigo, após decorridas as duas primeiras horas do prazo previsto no subitem 8.1. da Comunicação de Serviço nº 6, de 2000, o operador portuário poderá requerer à SAOPE autorização para armazenar as cargas destinadas aos depositários que não tenham comparecido para recebimento.

§2º Na hipótese do parágrafo anterior, caso comprovada a omissão do depositário, a SAOPE poderá autorizar a entrega das mercadorias ao recinto alfandegado de zona primária indicado pelo operador portuário.

§3º O operador portuário administrador de recinto alfandegado na zona primária do Porto Organizado de Salvador, em suas próprias operações de carga e descarga de embarcações e de acordo com sua conveniência operacional, poderá utilizar-se de sua área para a movimentação das cargas de que trata esta Portaria.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogada a Portaria nº 43, de 2 de maio de 2001.

MANUEL EUSTÁQUIO BRITTO RIBEIRO

PUBLIQUE-SE:

ANEXO III – COTEJO ENTRE AS ROTINAS OPERACIONAIS

DADOS COLHIDOS DOS AUTOS PÚBLICOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.003824/2002-84, EM CURSO NO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

I) ROTINA OPERACIONAL - TECON SALVADOR S.A

“Carregamento

A operação de embarque de contêineres, tanto de longo curso (exportação) quanto de cabotagem, tem início alguns dias antes da chegada da embarcação, com a entrega, no terminal, do contêiner (ou contêineres) pelo exportador (ou embarcador de cabotagem).

O transportador rodoviário contratado pelo exportador chega ao gate (portão) do terminal, informa os dados do contêiner e, após confirmação destes dados, o caminhão é direcionado para o local onde será descarregado.

Ao chegar ao local de descarregamento, um equipamento de movimentação (Top Loader, Reach Stacker ou RTG) retira o contêiner do caminhão e coloca-o na pilha.

Após a chegada da embarcação que transportará o contêiner, um equipamento de movimentação é designado, conforme ordem de carregamento, para retirar o contêiner da pilha e colocá-lo no caminhão do Terminal.

Esse caminhão do Terminal fará várias viagens da pilha ao navio levando contêineres para serem embarcados. Essa movimentação do caminhão é, na verdade, um carrossel, isto é, um movimento circular desde a pilha (onde estão os contêineres a ser carregados) até o navio, do qual o caminhão retorna vazio para coletar outro contêiner e assim sucessivamente. Como todos os contêineres a ser carregados estão numa mesma pilha, é necessária a alocação de apenas um equipamento para cada porão do navio que está sendo carregado. Este procedimento é fundamental para a eficiência do terminal.

Quando o caminhão chega ao costado do navio, o guindaste (portainer do terminal ou guindaste de bordo) retira o contêiner do caminhão e carrega-o na posição designada na embarcação.

Descarregamento

No caso do descarregamento, a movimentação é inversa.

Primeiramente, o guindaste (portainer ou guindaste de bordo) retira o contêiner do navio e o coloca no caminhão que circula em carrossel.

O caminhão leva o contêiner até o local onde os contêineres estão sendo descarregados. Neste local, um equipamento de movimentação retira o contêiner do caminhão e coloca-o na pilha.

Quando o cliente/importador opta pela armazenagem do container no Tecon Salvador, o contêiner de importação permanece nesta pilha até a conclusão do desembaraço aduaneiro, quando é retirado pelo cliente/importador. Neste caso, o contêiner é movimentado 2 (duas) vezes pela Reach Stacker e transportado 1 vez no carrossel.

Segregação de contêineres

Para garantir maior produtividade, premissa básica de um Terminal de Contêineres, a descarga dos contêineres de importação do navio é feita com utilização de um carrossel de caminhões que transportam todos os contêineres para uma única área, independente do destino de armazenagem do contêiner (qualquer recinto alfandegado ou Tecon Salvador).

Todos os contêineres devem ser depositados no mesmo lugar, pois os equipamentos utilizados para retirar os contêineres dos caminhões (Reach Stacker) e empilhá-los no chão são pesados e de baixa velocidade de traslado. Se tiverem que se movimentar entre diversas áreas do pátio para alocar corretamente cada contêiner em sua área destino a operação será extremamente lenta e tornará os equipamentos improdutivos.

Somente após o fim da operação do navio é feita nova movimentação de contêineres destinados a outros recintos alfandegados. Esses contêineres são retirados da área de depósito comum e colocados em uma área segregada, específica para cada recinto alfandegado. Esta movimentação de segregação envolve as seguintes etapas: (a) um movimento de Reach Stacker para carregar o contêiner sobre o caminhão; (b) percurso do caminhão até a área em que o contêiner é segregado; (c) novo movimento de Reach Stacker para retirar este contêiner e colocá-lo na pilha, já no local segregado.

Neste caso, até a retirada pelo cliente, o contêiner é movimentado 4 (quatro) vezes pela Reach Stacker e transportado 2 (duas) vezes no carrossel.”

II) ROTINA OPERACIONAL – INTERMARÍTIMA TERMINAIS Ltda.

“>> (i) Os contêineres são descarregados do navio diretamente sobre os caminhões;

>> (ii) Os caminhões transportam estes contêineres do costado do navio para o pátio de armazenagem no terminal;

>> (iii) Os contêineres são pesados e vistoriados, caso haja alguma irregularidade é necessário lavrar um termo de avaria;

>> (iv) Os contêineres são armazenados no pátio por lote de recebedores, de acordo com seu peso, características da carga e destino final;

>> (v) Os contêineres que (sic) destinados a outros recintos alfandegados são segregados em área específica para verificação e conferência de: (a) documentação, (b) integridade física do equipamento (avarias), (c) integridade dos lacres de segurança e (d) pesagem para posterior entrega dos mesmos.”

III) ROTINA OPERACIONAL – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários, por meio do Ofício nº 297/2007-DG, de 11 de julho de 2007, (fls. 2479-2486), informou a Secretaria de Direito Econômico que a operação de descarga dos navios pelos terminais arrendados no Porto de Salvador estrutura-se da seguinte forma:

“ A) Operação Portuária Normal na Importação dos contêineres que ficarão armazenados no pátio do arrendatário (zona primária do porto).

- 1) retirada do contêiner a partir dos porões ou do convés do navio e sua descarga para o cais;
- 2) transporte do contêiner para o pátio e sua colocação no local onde deva permanecer armazenado ou aguardar entrega, incluindo o empilhamento;
- 3) o desemilhamento e a entrega do contêiner ao importador/consignatário, incluído o carregamento do veículo transportador.

B) Operação Portuária de Segregação de contêiner destinados a outros recintos alfandegados.

- 1) retirada do contêiner a partir dos porões ou do convés do navio e sua descarga para o cais;
- 2) o transporte do contêiner para o pátio e sua colocação numa massa uniforme, onde encontram-se inclusive outros contêineres que permanecerão armazenados na área arrendada;
- 3) dessa massa uniforme, os contêineres destinados a outros recintos alfandegados são segregados, ou seja, novamente identificados, verificados quanto a avarias, lacres, etc., para uma vez deslocados dessa massa uniforme, sofrerem novo transporte para as pilhas onde são depositados os contêineres destinados a outros recintos alfandegados;
- 4) o desemilhamento e a entrega do contêiner aos recintos alfandegados, incluindo o carregamento do veículo transportador.”

IV) ROTINA OPERACIONAL – EADIs

A EADI Armazéns Gerais Columbia S.A. informou que

“Existem diversas modalidades de entrega dos contêineres pelos Terminais Portuários aos Recintos Alfandegados. As mais comuns são:

- 1) Descarga direta do navio aos caminhões dos Recintos Alfandegados, ou seja, descarga direta no costado do navio para o veículo transportador do Recinto Alfandegado. O contêiner não ‘toca o chão do Terminal Portuário’.
- 2) Descarga do navio para um veículo de transporte do próprio Terminal no qual é removido para uma ‘área de transferência’ onde o contêiner é retirado do veículo e carregado imediatamente no veículo de Recinto Alfandegado, utilizando equipamentos de manuseio de contêineres adequados, do tipo reachstackers. O Contêiner, como no caso anterior, não ‘toca o chão do Terminal’.
- 3) Descarga do navio para um veículo de transporte do próprio Terminal no qual é removido para uma área de transferência onde o contêiner é depositado no aguardo da autorização por parte do Terminal Portuário, da retirada do mesmo pelo Transporte do Recinto Alfandegado.

Em todos os casos os Terminais cobram a mesma tarifa de THC 2, independente de ter alocado recursos físicos do Terminal na movimentação dos mesmos (modalidades 2 e 3, acima) ou não (modalidade 1).

É ainda que os Recintos Alfandegados são obrigados a fornecer aos Terminais Portuários, com um dia de antecedência à chegada dos navios, a programação de todos os contêineres a eles destinados, informando o nome do navio, tipo, número dos contêineres, e o importador. Ou seja, antes de começar a operar o navio, o Terminal conhece perfeitamente quantos e quais contêineres serão removidos para os Recintos Alfandegados. Os armadores também fornecem aos Terminais Portuários o Plano de Estiva do navio com antecedência, indicando a localização exata de cada contêiner dentro do navio. Os caminhões dos Recintos Alfandegados estão à disposição dos Terminais Portuários, na quantidade exata dos contêineres a serem removidos, antes da efetiva remoção dos mesmos.

Caso os contêineres sejam removidos para uma área de segregação (conforme descrito no item 3 acima) a entrega aos Recintos Alfandegados acontece de forma sequencial. Não existe remanejamento ou reorganização na pilha. Os contêineres que estão no topo da pilha saem primeiro

Conforme descrito acima, existe um único movimento para a retirada do contêiner da pilha para ser entregue pelo Terminal Portuário ao Recinto Alfandegado.

No caso dos contêineres de importação destinados a serem armazenados no Terminal Portuário, os mesmos são descarregados do navio para um veículo de transporte no qual é removido para a área do pátio destinada ao armazenamento dos mesmos. Na área do pátio, os contêineres, utilizando os equipamentos de manuseio de contêineres adequados, do tipo reachstackers, os contêineres são empilhados, aguardando a retirada pelo Importador.

Se considerarmos que os contêineres são empilhados em filas de 3 contêineres na base, a 4 contêineres de alto, e se considerarmos que toda vez que o contêiner é retirado a pilha será reconstituída, podemos apurar a quantidade de movimentos necessários para a retirada dos contêineres:

| | | |
|---|----|---|
| 1 | 5 | 1 |
| 3 | 9 | 3 |
| 5 | 13 | 5 |
| 7 | 15 | 7 |

(visão lateral da pilha)

O contêiner que se encontra no segundo nível de altura na segunda fila precisará de 9 movimentos para ser retirado e a pilha reconstituída, sendo 5 movimentos para retirada do mesmo, deslocando os 3 primeiros contêineres da primeira fila, para liberar o acesso da lança dos reachstackers para alcançar os contêineres da segunda fila, e os 2 primeiros da segunda fila (contando o contêiner a ser retirado), e mais 4 movimentos para recompor a fila alocando novamente os contêineres removidos.

A média aritmética de movimentos necessários para a retirada dos contêineres de importação depositados pelos clientes do Terminal Portuário no próprio pátio do Terminal é de 6,16 movimentos, conforme demonstrado acima, comparados a um único movimento, caso o destino dos contêineres seja um Recinto Alfandegado.”

A segregação de cargas se dá em quaisquer rotinas, independentemente do destinatário das cargas e chega a envolver menos movimentos quando as cargas são destinadas ao trânsito aduaneiro.

ANEXO IV – SÍNTESE DAS CONTRIBUIÇÕES À CONSULTA PÚBLICA FEITA PELA ANTAQ PARA A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 2389/2012

| PARTICIPANTE | | RESUMO DA MANIFESTAÇÃO |
|--------------|---|--|
| CADE | Conselho Administrativo de Defesa Econômica | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Afirma que os conceitos de THC e Box Rate devem abranger a efetiva entrega da mercadoria. Encurtamento do conceito possibilita abuso de posição dominante. ▪ Terminais “impõem um contrato” para os Recintos: se não pagarem THC2 não retiram o contêiner. A prática é abusiva e inaceitável. Conduta foi condenada por unanimidade pelo CADE. ▪ Contrário à autorização da norma para a cobrança de THC2: possibilita distorções no mercado e cobrança de lucros ilícitos em detrimento dos Recintos Alfandegados e dos consumidores. |
| SEAE | Secretaria de Acompanhamento Econômico | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Afirma que os conceitos de THC e Box Rate já devem abranger a efetiva entrega da mercadoria. Norma gera equívocos, pois a colocação na “pilha intermediária” não pode ser considerada entrega. ▪ A etapa de segregação é uma solução logística própria dos terminais para aumentar a eficiência dos serviços. Esses custos já devem integrar o THC. ▪ Contrária à cobrança de THC2: solução regulatória gera problemas concorrenciais: (i) limita número/variedade de fornecedores; (ii) limita concorrência entre empresas; (iii) diminui incentivo para competição no setor. |
| CENTRONAVE | Centro Nacional de Navegação | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Afirma que os conceitos de THC e Box Rate já devem abranger a efetiva entrega da mercadoria, como na redação de proposta de norma do Grupo de Trabalho anterior. |
| USUPPORT | Associação dos Usuários de Portos da Bahia | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Afirma que os conceitos de THC e Box Rate já devem abranger a efetiva entrega da mercadoria, como na redação de proposta de norma do Grupo de Trabalho anterior. THC equivale à capatazia. ▪ Contrária à autorização de cobrança da THC2, que eleva o “Custo Brasil”. |
| CNI | Confederação Nacional da Indústria | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Afirma que os conceitos de THC e Box Rate já devem abranger a efetiva entrega da mercadoria, como na redação de proposta de norma do Grupo de Trabalho anterior. THC equivale à capatazia. Ressalta que corpo técnico da ANTAQ se opôs ao encurtamento do conceito de THC. ▪ Contrária à cobrança de THC2. CADE já considerou anticompetitiva. Inexistência de justificativa jurídica ou econômica. |
| APRA | Associação das Empresas Permissionárias de Regime Aduaneiro | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Afirma que os conceitos de THC e Box Rate devem abranger a efetiva entrega da mercadoria. Encurtamento do conceito possibilita cobranças em duplicidade de serviços já incluídos. THC equivale à capatazia. ▪ Contrária à cobrança de THC2. CADE já considerou anticompetitiva. Inexistência de justificativa jurídica ou econômica. Ressalta entendimento do próprio corpo |

| | | |
|-------------------------|---|---|
| | | <p>técnico da ANTAQ contrário à cobrança de THC2.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Nova proposta de norma é contrária ao Relatório Final do Grupo de Trabalho. |
| ANUT | Associação Nacional dos Usuários do Transporte de Carga | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Afirma que os conceitos de THC e Box Rate devem abranger a efetiva entrega da mercadoria. THC equivale à capatazia. ▪ Contrária à autorização da norma para cobrança de THC2 e outras taxas. Gera aumento dos custos portuários. A definição de Box Rate já abrange todos os serviços possíveis. |
| SYNDARMA | Sindicato Nacional das Empresas de Navegação Marítima | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Afirma que os conceitos de THC e Box Rate já devem abranger a efetiva entrega da mercadoria, como na redação de proposta de norma do Grupo de Trabalho anterior. |
| LENIVAM | Consultoria e Assessoria em Comércio Exterior | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Contrário à autorização da norma para cobrança de THC2. Taxa representa cobrança em duplicidade. Esse fator gera aumentos de custos portuários. . |
| CONSÓRCIO EADI SALVADOR | Porto Seco e Centro de Distribuição | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Afirma que os conceitos de THC e Box Rate devem abranger a efetiva entrega da mercadoria. Solicita retorno à redação proposta no Relatório Final do Grupo de Trabalho anterior. ▪ Contrária à autorização da norma para cobrança de THC2, pois os serviços já são abrangidos pela THC. |